



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Edgar González López

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Número Único: 11001-03-06-000-2020-00195-00

Radicación Interna: 2453

Referencia: Concepto. Recursos públicos para la vacuna contra la COVID-19.

Objeto de la consulta: La Ley 1751 de 2015, regulatoria del derecho fundamental a la salud, en el literal e) del artículo 15, restringe o no la posibilidad de que el Estado colombiano financie con recursos públicos asignados a la salud:

1) La investigación de moléculas en fase de experimentación para conseguir la vacuna contra la COVID-19.

2) El anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la mencionada vacuna, en caso de que sea aprobada.

Eventualidad de inaplicación de la norma citada, por la prevalencia del derecho fundamental a la salud de la población colombiana, con la finalidad de realizar la financiación mencionada.

El señor ministro de Salud y Protección Social formula una consulta, con mensaje de urgencia, a la Sala sobre el uso de recursos públicos asignados a la salud para financiar la investigación de vacunas en fase de experimentación contra la COVID-19.

I. ANTECEDENTES

El ministro de Salud y Protección Social divide los antecedentes en los siguientes capítulos:

1. Pandemia ocasionada por el virus SARS-Cov-2

Inicialmente, el ministro se refiere a la pandemia del virus SARS-Cov-2, extendida en casi todo el mundo en el presente año.

Manifiesta que el 7 de enero de 2020, ante la identificación del brote de la COVID-19, la Organización Mundial de la Salud, OMS, declaró la Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) y que el Ministerio de Salud y

Protección Social dio a conocer el 6 de marzo de 2020, el primer caso de COVID-19 en Colombia.

Indica que el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró que el brote del coronavirus COVID-19 era una pandemia, esencialmente por la velocidad de propagación, e instó a los Estados a tomar acciones urgentes y decididas para la identificación, confirmación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, todo con la finalidad de mitigar el contagio.

Expresa que, con base en la declaratoria de pandemia efectuada por la Organización Mundial de la Salud, OMS, el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, modificada por las Resoluciones 407 y 450 de 2020, declaró la emergencia sanitaria en todo el país por causa de la COVID-19 hasta el 30 de mayo del año en curso. La declaración ha permitido «establecer disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado al COVID-19».

La emergencia sanitaria fue prorrogada hasta el 31 de agosto del presente año, mediante la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social¹.

2. Financiación de los servicios y tecnologías en el Sistema General de Seguridad Social en Salud

El ministro menciona el artículo 49 de la Constitución, el cual dispone que, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, y que este debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Expresa lo siguiente:

En el esquema del aseguramiento en salud, el Estado ha previsto unos beneficios a los cuales tienen derecho todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS. Unos son financiados por la Unidad de Pago por Capitación – UPC y otros se financian con cargo al techo o presupuesto máximo anual que transfiere la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES. Así mismo, se ha previsto la exclusión de servicios de salud que no son objeto de cubrimiento con cargo a los recursos públicos.

Cita el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 referente a las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Destaca los atributos del literal c)

¹ A través de la Resolución 1462 de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social estableció la prórroga de la emergencia sanitaria por covid-19 hasta el próximo 30 de noviembre.

que establece que todos los afiliados al sistema reciben un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que es denominado el Plan Obligatorio de Salud y del literal f) que dispone que, por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibe una Unidad de Pago por Capitación –UPC-. Dicha unidad es fijada periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Alude al artículo 182 de la misma ley, que ratifica que, dentro de los ingresos de las entidades promotoras de salud, se encuentra la unidad de pago por capitación que les reconoce dicho sistema, por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado.

Finaliza este punto refiriéndose a los servicios que no son financiados por la Unidad de Pago por Capitación, en la siguiente forma:

En el marco del principio de integralidad y en lo concerniente a los servicios que no son financiados por la Unidad de Pago por Capitación – UPC, el artículo 240² de la Ley 1955 de 2019³ señaló que estos se deben garantizar a los afiliados de los regímenes contributivo y subsidiado, y que deberán ser gestionados por las EPS, quienes para el efecto, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio y los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo anual que les transfiera la ADRES, conforme a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social.

² Artículo 240. Eficiencia del gasto asociado a la prestación del servicio y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC. Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). El techo o presupuesto máximo anual por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015.

En todo caso, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y remitirán la información que este requiera. La ADRES ajustará sus procesos administrativos, operativos, de verificación, control y auditoría para efectos de implementar lo previsto en este artículo.

Parágrafo. Las EPS podrán implementar mecanismos financieros y de seguros para mitigar el riesgo asociado a la gestión de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC.

³ Por la cual se expide la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022: «Pacto por Colombia, pacto por la equidad».

2.1 Criterios para excluir servicios y tecnologías de la financiación con cargo a los recursos públicos asignados a la salud

El consultante señala que el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, «[p]or medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones», establece que «el Sistema General de Seguridad Social en Salud deberá garantizar la prestación de los servicios y tecnologías en salud soportados en una concepción integral», pero que la misma norma advierte algunos criterios para identificar los servicios y tecnologías que no pueden ser financiados con los recursos públicos asignados a la salud. Cita la mencionada norma así:

Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;**
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

[...]

Parágrafo 3o. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a

tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas» [Negrilla y Subraya la Sala].

Añade que la Corte Constitucional, en la sentencia C-313 de 2014, mediante la cual realizó el control previo de constitucionalidad del proyecto que se convertiría en la mencionada Ley Estatutaria de Salud, declaró exequible el literal e) del artículo citado, señalando que no tiene un carácter absoluto y, por tanto, podría ser inaplicable, de acuerdo con los criterios fijados en la jurisprudencia de esa Corporación, cuando fuera necesario para proteger los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana del paciente.

Cita los siguientes apartes de esta sentencia:

5.2.15.3.5. Literal e)

En lo atinente a la exclusión señalada en este literal que proscribía la prestación de los servicios cuando este o la tecnología del caso, se hallen en fase de experimentación, advierte la Sala que debe tenerse en cuenta lo dicho por la Jurisprudencia sobre este criterio de exclusión.

Al igual que los criterios precedentemente considerados, **este tampoco tiene un carácter absoluto y por ende no está exento de su inaplicación en razón de la orden de un juez de tutela** cuando se requiere proteger el derecho fundamental a la salud. En la sentencia T-1330 de 2005 M. P. Sierra Porto, dijo la Sala de Revisión respectiva:

‘(...) En determinados eventos la prohibición absoluta del financiamiento de actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e intervenciones experimentales con recursos provenientes del sistema puede resultar desproporcionada y por lo tanto vulneradora del derecho a la salud, bien sea como un derecho fundamental autónomo o conexo, no sólo cuando esté en riesgo la vida del peticionario sino también cuando existan reales posibilidades de recuperación o de mejoría. Por lo tanto corresponde a los jueces de tutela ponderar los diversos supuestos fácticos y jurídicos en juego en cada caso concreto, tales como el costo de la prestación solicitada, la información científica disponible, así como de los diversos principios señalados por la jurisprudencia constitucional, entre ellos el principio de justicia que supone la igualdad del acceso de la población a los beneficios de la ciencia (...).’

Como se puede apreciar, se trata de una pauta también sometida a las reglas de inaplicación sentadas por la jurisprudencia, con lo cual debe dársele el mismo tratamiento que a las precedentemente consideradas. En estos términos, estima la Sala no son de recibo las preocupaciones del Colegio de Médicos de Cundinamarca cuando deprecia la inconstitucionalidad de algunas exclusiones. En este caso la del literal e) del artículo 15.

Por ende, no se desconoce la Constitución y cabe la exclusión, siempre y cuando no tenga lugar la aplicación de las reglas trazadas por esta Corporación para excepcionar esa restricción del acceso al servicio de salud y, en el caso concreto, no se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento. Consecuentemente y, de conformidad con las precisiones hechas, se declarará la constitucionalidad del mandato evaluado, pues, se trata de un criterio, sujeto a ser inaplicado en los casos y frente las condiciones concretas que la jurisprudencia constitucional ha indicado». (La negrilla fuera del texto original).

Además, el consultante cita la exposición que hizo la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-313 de 2014, sobre los criterios jurisprudenciales que permiten inaplicar las normas que regulan la exclusión de procedimientos y medicamentos del plan obligatorio de salud, POS. La Corte expuso lo siguiente:

«Antes de proceder a la revisión pormenorizada de los literales en los cuales quedaron estipuladas las exclusiones, es oportuno recordar que esta Corporación ya ha establecido los presupuestos para inaplicar las normas que regulan la exclusión de procedimientos y medicamentos del plan obligatorio de salud POS. Desde la sentencia SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se fueron decantando tales criterios y particularmente en la sentencia T-237 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, los sintetizó en los siguientes términos:

‘(...) el juez constitucional, en su calidad de garante de la integridad de dichos derechos (Art. 2º C.P.), está en la obligación de inaplicar las normas del sistema y ordenar el suministro del procedimiento o fármaco correspondiente, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

- a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
- b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.
- c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.
- d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro’.

Luego, el consultante se refiere a un antecedente de la Ley 1751 de 2015, el cual es el informe de ponencia para primer debate⁴ en las comisiones conjuntas del Senado y la Cámara de Representantes.

En ese informe, del cual cita algunos apartes, se señala que el plan de salud debe ser integral y no puede resultar en fraccionamiento del servicio. El informe agrega que si bien el plan de salud no es de carácter ilimitado, las limitaciones, razonables y proporcionales, deben definirse mediante un mecanismo técnico, participativo y transparente, que debe ser desarrollado en una ley ordinaria.

3. Consecución de la vacuna para la COVID-19

En este capítulo de los antecedentes de la consulta, inicialmente, el ministro expresa lo siguiente:

Debe tenerse en cuenta que a nivel mundial se vive una crisis en salud pública que ha llevado a la mayoría de países a una carrera por la consecución de una vacuna que frene el impacto en la salud y en el campo económico que ha causado la pandemia por el COVID-19.

Por lo que, enfrentadas las primeras fases de la pandemia⁵, los Estados deben prepararse para plantear una estrategia que les permita acceder oportunamente a las vacunas que estén disponibles en el corto plazo. La vacunación parece la solución que más nos acercaría a la superación de la pandemia, pues los rebrotes en Asia y Europa prueban que las medidas de protección pueden disminuir contagios y muertes, pero no representan una solución definitiva.

Sin embargo, aún no se cuenta con una molécula de vacuna aprobada, y esta se encuentra en fase de experimentación. Los resultados más alentadores provienen de laboratorios que se encuentran avanzados en fase 2 o que ya comenzaron la fase 3 de estudios y pruebas en humanos. Estas compañías han modificado muchas de las prácticas de la industria, dada la realidad impactante de la pandemia. Y uno de estos nuevos comportamientos consiste en comenzar a producir la molécula desde las fases clínicas para ofrecerlas a los Estados, recolectar recursos desde etapas tempranas y tener el inventario necesario para el momento en que logren aprobación.

⁴ Gaceta del Congreso 303, miércoles 22 de mayo de 2013.

⁵ Las fases de la pandemia son:

«Fase preparatoria: es en la que nos encontramos desde el mismo momento en que la OMS expuso el primer caso de coronavirus. Nos estamos alistando para mitigar su impacto en el país.

Fase de contención: que es cuando llega el virus al país y empiezan a reportarse los diferentes casos de contagio.

Fase de mitigación: cuando ya se ha superado el nivel de casos y solamente se debe hospitalizar los casos graves y el resto con medidas de protección en casa».

Fuente: <http://www.ucm.edu.co/covid-19/fases-de-la-epidemia/>

Luego, el ministro expone los diferentes retos de las vacunas, y cómo para los Estados la consecución de una vacuna representa una oportunidad y un reto.

Menciona los diferentes «llamados de la comunidad internacional a buscar caminos de acción que permitan una mejor alineación de los incentivos, compartir el riesgo y proteger a los más débiles» y explica la situación presentada en la actualidad, en los siguientes términos:

En este contexto, se crearon diferentes iniciativas internacionales para agregar la demanda y compartir los riesgos **que conlleva la inversión en moléculas en fase de experimentación**. El “Gavi Covax AMC” es una iniciativa que implica la inversión de recursos por parte de los Estados participantes para financiar a un número variado de laboratorios y permitir que, cuando alguna vacuna sea aprobada, se distribuyan equitativamente las dosis existentes. Este mecanismo asegurará la adquisición de vacunas para por lo menos el 20% de la población de cada país participante.

Colombia puede participar de esta iniciativa, pero tendrá el reto de asegurar la vacunación a por lo menos un 40% adicional de la población en el menor tiempo posible, mediante la realización de contratos bilaterales directamente con los laboratorios que están adelantando la investigación, con la finalidad de lograr “la inmunidad de rebaño”. Por esta razón, el punto de discusión de la estrategia de vacunación frente al COVID-19 debe considerar estas dos alternativas **complementarias**.

(Presenta una gráfica que dice: 40% Contratos. 20% Covax)

Estos contratos bilaterales pueden generar problemas relativos al acceso equitativo a las vacunas, pues los países con mayor poder económico pueden adquirir la mayoría de las moléculas disponibles, mientras que los países en desarrollo podrían tardar años en lograr un nivel de vacunación que le permita una inmunidad generalizada o de rebaño.

De acuerdo a los acercamientos iniciales que ha tenido el Estado Colombiano con los laboratorios que están realizando las investigaciones que tienen por objeto la aprobación de la vacuna, para conseguir un cupo de vacunas, que en caso de ser aprobada, garantice una distribución oportuna una vez esta sea aprobada (“*un puesto en la fila*”), los laboratorios están exigiendo el pago de un anticipo del total del costo, calculado sobre el número de dosis que se pretende comprar, en otras palabras, están exigiendo el pago de un valor equivalente a un determinado número de dosis, antes de que la vacuna sea aprobada, es decir **en fase de experimentación**. En caso que la vacuna no sea aprobada, algunos laboratorios farmacéuticos estarían dispuestos a devolver el recurso, otros laboratorios manifiestan la posibilidad de realizar una devolución parcial de los recursos invertidos y otros laboratorios señalan la imposibilidad de la devolución de los recursos entregados.

Las fuentes de recursos disponibles con las que contaría el Gobierno nacional para hacer frente a la situación en comento son:

- i) **Recursos del sistema de salud.**
- ii) Recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME⁶ u otras fuentes de recursos públicos diferentes a las del sector salud.
- iii) Recursos de cooperación internacional – endeudamiento.
- iv) Recursos de donaciones de privados.

4. Necesidad de la consulta

Finalmente, el ministro presenta una síntesis de la consulta, cuya transcripción se estima necesaria, pues precisa el alcance de los interrogantes realizados, de acuerdo con los planteamientos hechos en la misma. Dice así:

El artículo 49 de la Constitución Política señala que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y es su deber garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Por su parte, el artículo 5 de la Ley 1751 de 2015 prevé que el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y para ello deberá abstenerse de afectar directa o indirectamente el disfrute de este, por lo que debe evitar adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud ha previsto unos mecanismos de financiamiento para que los afiliados puedan acceder a los servicios de salud, sin barreras ni restricciones. Sin embargo, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 establece los criterios para determinar qué servicios o tecnologías se consideran excluidos del financiamiento con los recursos públicos destinados para la salud. En concreto, el literal e) señala que dichos recursos no podrán financiar servicios que se encuentren en fase de experimentación.

Por lo tanto, al menos en principio, podría considerarse que la norma bajo análisis limita la posibilidad de que el Estado colombiano invierta recursos públicos en la investigación de una molécula para la vacuna del nuevo Coronavirus COVID-19, o en el pago de los anticipos que están exigiendo los laboratorios farmacéuticos, por tratarse, justamente, de una tecnología en salud que se encuentra en fase experimental.

⁶ Creado mediante el Decreto Legislativo 444 de 2020, con el objeto de atender las necesidades de recursos para la atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento, en el marco del Decreto 417 de 2020.

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado en el informe de ponencia de la Ley 1751 de 2015, y con el análisis efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-313 de 2014, también podría entenderse que esta norma únicamente resulta aplicable al esquema del aseguramiento en salud. Es decir, que solo tendría por efecto restringir la posibilidad de que se financien con recursos del sistema de salud, los servicios y tecnologías que, aunque sean prescritos por los médicos tratantes, se encuentren en fase de experimentación.

Ahora, no debe dejarse de lado que la Corte Constitucional en el fallo reseñado manifestó que el literal e del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 no tiene carácter absoluto, pues puede inaplicarse cuando esté en riesgo la vida del usuario y cuando existan posibilidades reales de recuperación o de mejoría y, en general, cuando puedan verse afectados los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana del paciente. En otros términos, la honorable Corte Constitucional consideró que esta limitación puede ser en algunos casos desproporcionada y vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

De acuerdo con lo expuesto, es necesario determinar si el literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 limita la inversión de recursos públicos de la salud para financiar una vacuna que se encuentran en fase de experimentación o para entregar recursos a riesgo que aseguren una entrega oportuna en caso que sea aprobada, de tal manera que Colombia no quede rezagado frente a otros países, lo que permitiría dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar el derecho fundamental a la salud y a la dignidad humana de quienes han resultado o puedan presentar una afectación a su salud e inclusive a la vida por la pandemia generada por el COVID-19.

Subsidiariamente, en caso de que la respuesta a ese interrogante sea positiva, será necesario determinar si hay lugar a la inaplicación de la norma señalada, y establecer cuáles son los criterios que se deben tener en cuenta para inaplicar una norma de esta naturaleza.

Cabe anotar que el 8 de septiembre de 2020, la Sala realizó una audiencia, de manera virtual, con funcionarios del Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de precisar y obtener más información sobre diversos aspectos de la consulta.

En esta forma, el ministro de Salud y Protección Social presenta a la Sala la consulta, con mensaje de urgencia, dado el tema de los recursos públicos para la consecución de la vacuna contra la COVID-19, la cual es de vital importancia en el momento actual.

II. PREGUNTAS

Con base en lo expuesto, el señor ministro de Salud y Protección Social formula las siguientes preguntas:

1. ¿El literal e del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 restringe la posibilidad de que el Estado colombiano financie con recursos públicos destinados a la salud la investigación de moléculas en fase de experimentación para conseguir la vacuna contra el nuevo coronavirus COVID-19?
2. ¿El literal e del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 restringe la posibilidad de que el Estado colombiano financie con recursos públicos destinados a la salud el anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna contra el nuevo coronavirus COVID-19, en caso de que sea aprobada?
3. En caso de que la respuesta a los interrogantes anteriores sea positiva, ¿podría el Gobierno nacional inaplicar el literal e del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, para financiar con recursos públicos destinados a la salud la investigación de moléculas en fase de experimentación o el pago de los anticipos mencionados para obtener la vacuna contra el nuevo coronavirus COVID-19?

III. PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con el contexto fáctico y normativo expuesto en la consulta del Ministerio de Salud y Protección Social; con las preguntas formuladas a la Sala, y las precisiones y planteamientos realizados en la audiencia efectuada el 8 de septiembre de 2020, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta oportunidad son:

- 1) ¿La restricción establecida en el literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015 no aplica para los recursos del FOME destinados a las inversiones de salud para conjurar la pandemia y, por lo tanto, pueden ser utilizados para la financiación de la investigación de moléculas en fase de experimentación para conseguir la vacuna contra la COVID-19 y del anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna?
- 2) ¿De acuerdo con la restricción establecida en el literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015, es posible que el Estado colombiano financie con recursos ordinarios destinados a la salud la investigación de moléculas en fase de experimentación para conseguir la vacuna contra la COVID-19 y el anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna?

Para resolver los problemas jurídicos enunciados, la Sala considera necesario analizar: i) La prevalencia de los derechos fundamentales a la vida y a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano; ii) la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud; iii) el régimen de exclusiones del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015; iv) el estado

de emergencia económica, social y ecológica declarado por los Decretos Legislativos 417 y 637 de 2020; v) el Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME). vi) los recursos ordinarios asignados a la salud y su destinación para obtener la vacuna contra la COVID-19 y su distribución oportuna. La no aplicación de la restricción del literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

IV. CONSIDERACIONES

A. Prevalencia de los derechos fundamentales a la vida y la salud en el ordenamiento jurídico colombiano

El sistema jurídico colombiano se encuentra estructurado bajo el principio de prevalencia de los derechos fundamentales. El postulado, reconocido en el artículo quinto del texto superior, proclama que las instituciones primordiales del orden constitucional son la familia y los derechos inherentes a la dignidad humana. La norma en cuestión dispone lo siguiente:

Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que, como consecuencia de este mandato, las autoridades públicas se encuentran obligadas a cumplir la totalidad de sus funciones atendiendo el fin último de garantizar la eficacia real de los derechos de los ciudadanos. De tal suerte, la totalidad de las actuaciones que lleva a cabo el Estado —en sus funciones legislativa, judicial y administrativa— se encuentran sometidas a este mandato.

La primacía de los derechos fundamentales implica, para el caso concreto, que el sistema de seguridad social, en su integridad, debe operar de modo que asegure el goce efectivo de los derechos que resultan comprometidos en su funcionamiento. Así, el diseño de sus autoridades, las asignaciones presupuestarias, los procesos administrativos que permiten su funcionamiento; en suma, la totalidad de sus instituciones, deben proceder observando este mandato prioritario. Un elemento relevante de este principio fue desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-491 de 1993:

El reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5) constituye un límite sustancial en el desarrollo de la misión encomendada por la Constitución a las autoridades. Es por ello que el Estado, al hacer efectivo el cumplimiento de un deber u obligación social, debe asegurar previamente que su actuación no vulnere derechos fundamentales de las personas.

Dentro del catálogo de derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento colombiano, los derechos a la salud y a la vida adquieren una importancia trascendental. Si bien todos los derechos tienen un peso abstracto idéntico, pues todos reflejan principios sustanciales igualmente relevantes para el ordenamiento constitucional, no cabe duda de que estos dos derechos adquieren una relevancia particular. Esto último se debe a que constituyen condiciones necesarias e imprescindibles para el goce de todos los demás derechos y libertades.

En el caso particular de la vida, no es casualidad que este derecho inaugure la carta de derechos y libertades de nuestro texto constitucional. Con una formulación enfática, la carta dispone, en su artículo 11, que «[e]l derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte». El precepto pone en evidencia que la protección de la vida constituye la razón de ser más elemental de nuestro sistema jurídico. Sin ella, esto es, sin una vida digna, resulta completamente inviable la posibilidad de realizar cualesquiera de las altas aspiraciones que, bajo el título de los *derechos fundamentales*, reconoce el ordenamiento jurídico a las personas.

Según lo ha manifestado la Corte Constitucional en una copiosa línea jurisprudencial⁷, este derecho no debe ser comprendido como una llana facultad de reclamar el respeto a aquellas condiciones de las que depende el mantenimiento de la vida. La jurisprudencia ha advertido que la vida, en el ordenamiento jurídico, no se reduce al mantenimiento de unas condiciones biológicas de subsistencia; ella abarca un amplio conjunto de facultades y libertades, que pretenden garantizar la realización de un bien jurídico más complejo, que recibe el nombre de *vida digna*⁸.

No es necesario, a fin de abordar el problema jurídico formulado a la Sala, entrar en detalle sobre cada uno de los elementos del derecho fundamental a la vida. No obstante, sí es preciso aludir al muy relevante vínculo que se presenta entre este derecho y el derecho a la salud. Según se expone más adelante, durante los primeros años de su jurisprudencia, la Corte Constitucional condicionaba la posibilidad de amparar el derecho a la salud a que este último se encontrara, en el caso concreto, unido por un *nexo de conexidad* con el derecho a la vida. Hoy en día se reconoce que ambos derechos son fundamentales de manera autónoma, lo que descarta la necesidad de acreditar la aludida interrelación entre ellos. En cualquier caso, el vínculo que los une sigue siendo una realidad. Dicho nexo ha

⁷ Entre otras, ver Sentencias T-489 de 1998, T-694 de 1998, T-545 de 2000, T-1058 de 2001, T-509 de 2002, T-1109 de 2008.

⁸ Sobre el particular, en la Sentencia T-536 de 2007, la Corte manifestó lo siguiente: «[L]a Corte ha explicado que: «(...) [El derecho a la vida] en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afectan la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna¹¹⁵¹».

sido puesto de presente en pronunciamientos del orden internacional. Muestra de ello se encuentra en el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que proclama lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un nivel de **vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud** y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [Resalta la Sala].

La disposición enseña que un «nivel de vida adecuado», categoría que es plenamente homologable al término de «vida digna» que se emplea en nuestro ordenamiento, implica la realización efectiva de otros derechos sociales, que garantizan un bienestar mínimo y un determinado estándar de vida decorosa⁹.

Esta afirmación sobre el estrecho vínculo que une a estos derechos se encuentra también en la Observación General n.º 14, dictada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Este pronunciamiento es importante en la medida en que, como fue señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-434 de 2010, «las observaciones generales del Comité DESC de las Naciones Unidas, intérprete autorizado del PIDESC, son criterios relevantes de interpretación en materia de derechos económicos, sociales y culturales dentro de nuestro ordenamiento constitucional».

En la aludida observación, que tenía por objeto exponer el alcance de las obligaciones exigibles a los Estados firmantes del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ámbito del derecho a la salud, el Comité manifestó lo siguiente:

El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, **en particular** el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, **a la vida**, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud [Resalta la Sala].

Con arreglo a los argumentos expuestos hasta este punto, la Sala concluye que, de conformidad con lo previsto en el artículo quinto superior, los derechos fundamentales gozan de primacía en nuestro orden constitucional, lo que ciertamente incluye el campo del sistema general de seguridad social. De lo anterior se sigue que los derechos fundamentales a la vida y a la salud han de

⁹ Esta aseveración se encuentra en la misma línea del principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972, en la que se afirma que «el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar».

orientar de manera forzosa la estructura y el funcionamiento de cada una de las instituciones que conforman dicho sistema. Por último, la Sala desea hacer hincapié en el estrecho vínculo que une a estos dos derechos: si bien cada uno cuenta con independencia normativa y conceptual, ambos comparten un trascendental papel en la realización de los fines que inspiran el ordenamiento constitucional colombiano. Concluido este comentario, prosigue ahora la Sala con el análisis específico del derecho a la salud.

En la Constitución de 1991, la salud fue consagrada como un derecho social, económico y cultural (capítulo II), para el caso de los niños, como un derecho fundamental (art. 44)¹⁰; y para todos los demás como un servicio público a cargo del Estado, con la garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (art. 48 y 49)¹¹.

¹⁰ Artículo 44 de la Constitución Política: Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

¹¹ Artículo 48 de la Constitución Política. 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. 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.

Artículo 49 de la Constitución Política. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

[...]

En este marco constitucional, la salud fue regulada a través de la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, como un servicio público cuya prestación puede ser realizada por entidades privadas o públicas, bajo la constante vigilancia y control del Estado.

Con fundamento en estas disposiciones, en un primer momento, la Corte Constitucional solo reconoció el derecho a la salud como un derecho prestacional y progresivo en su cumplimiento. En consecuencia, manifestó que solo adquiriría carácter fundamental frente a sujetos de especial protección, como los niños, o en conexidad con el derecho a la vida¹² o la dignidad humana¹³.

Posteriormente, con la Sentencia T-859 de 2003, la Corte comenzó un proceso de reconocimiento de la salud como derecho fundamental autónomo¹⁴, siempre que este se pudiera concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud en la Constitución, en el bloque de constitucionalidad o en la ley.

En esta medida, la referida sentencia advirtió que el derecho fundamental a la salud se concreta, por ejemplo, en el derecho de acceso a los servicios de salud que requiere una persona y que se encontraban contemplados en los planes obligatorios de salud regulados por la Ley 100 de 1993¹⁵, así como en sus normas complementarias, y en las obligaciones básicas de salud previstas en la Observación General n.º 14 (2000), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas¹⁶. En

¹² Sentencia T-328 de 1993.

¹³ Sentencia T-227 de 2003.

¹⁴ En el mismo sentido la sentencia T-845 de 2006.

¹⁵ El art. 156 de la Ley 100 de 1993 establece: «Características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia: [...]

Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud;

d) El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud;

e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno;

f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación - UPC - que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud».

Como se verá más adelante, este régimen fue parcialmente modificado por la Ley 1751 de 2015 y sus normas complementarias, en lo relativo al POS.

¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Observación No 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* :

consecuencia, la Corte consideró que la negación de los servicios de salud contemplados en el POS era una violación del derecho fundamental a la salud, susceptible de ser corregida por vía de tutela, de manera autónoma e independiente a los derechos a la vida y al mínimo vital.

Sin embargo, el hito jurisprudencial a partir del cual se afirma y estructura en Colombia el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo es la Sentencia T-760 de 2008, la cual no solo reitera la protección de este derecho a través de la acción de tutela, sino que además realiza toda una sistemática jurídica sobre el contenido y alcance de este derecho fundamental.

Así, la referida sentencia analiza las facetas jurídicas (positiva y negativa) del derecho fundamental a la salud, a propósito de las obligaciones de contenido prestacional que de él se derivan; la caracterización de este derecho según el bloque de constitucionalidad, en especial de conformidad con lo establecido en la Observación General n.º 14; los límites al derecho a la salud, y el acceso a servicios de salud de calidad y de manera oportuna y eficaz como parte importante del derecho fundamental a la salud y las problemáticas verificadas en esta materia en Colombia.

De este desarrollo jurisprudencial, y para los efectos de la presente consulta, vale la pena detenerse brevemente en los siguientes aspectos:

A1. Facetas positivas y negativas del derecho a la salud

En la Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional distingue la faceta negativa y la faceta positiva del derecho a la salud, pues el Estado o las personas pueden violar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es el deterioro de la salud de una persona.

En lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, el tribunal manifestó lo siguiente:

[De estas] no se deriva la obligación de realizar una acción positiva, sino más bien, obligaciones de abstención, en tanto no suponen que el Estado haga algo, sino que lo deje de hacer, [por tanto] no hay razón alguna para que sean obligaciones cuyo cumplimiento sea pospuesto hasta que el Estado entidad o persona cuente con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada. Por lo tanto, se trata de obligaciones exigibles de manera inmediata.

Por su parte, en relación con la faceta positiva del derecho fundamental a la salud, relativa a la obligación de realizar una o varias acciones de protección o garantía, la sentencia destaca el carácter prestacional que adquiere este derecho, lo que en muchos casos implica un contenido obligacional de cumplimiento progresivo. Sin embargo, también precisa que no se trata de una regla absoluta, pues esa faceta prestacional también comprende obligaciones exigibles de manera inmediata. Así, por ejemplo, la prestación de los servicios de urgencia médica, la obligación de suministrar información a un paciente antes de someterlo a una cirugía o la atención gratuita de todo bebé que no esté cubierto por ningún tipo de protección o seguridad social, durante su primer año de vida.

Desde la perspectiva prestacional del derecho a la salud, la sentencia advierte que la imposibilidad de exigir el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de este derecho fundamental no excluye la obligación del Estado para que adopte las medidas adecuadas y necesarias, orientadas a cumplir sus obligaciones.

En esta medida, concluye que en virtud del derecho fundamental a la salud es posible exigir al Estado, por lo menos: i) un programa o un plan de política pública ii) orientado a garantizar el goce efectivo del derecho y iii) que contemple mecanismos de participación de los interesados.

A.2. Características y obligaciones derivadas del derecho fundamental a la salud. Observación General n.º 14 (2000)

De conformidad con lo establecido en la Observación General n.º 14 (2000), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, la Sentencia T-760 de 2008 reiteró, entre otros, las siguientes características y obligaciones derivadas del derecho a la salud¹⁷.

i) Como lo establece la Observación General n.º 14 (2000), «[l]a salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos»¹⁸. Al respecto, se destaca la indivisibilidad e interdependencia de este derecho con el efectivo ejercicio de otros derechos, **como la vida**, la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.

En esta medida, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, señala que el derecho a la vida, así como los otros derechos y libertades citados, «[a]bordan los componentes integrales del derecho a la

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

¹⁸ Observación General No 14 (2000) (1).

salud»¹⁹.

ii) Todo ser humano tiene derecho al disfrute «del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente». Así lo reconoce la Observación n.º 14, de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el que se indica que los Estados partes reconocen «[e]l derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental». De esta manera, el derecho a la salud tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales para que las personas puedan asegurar el más alto nivel posible de salud. En tal sentido, la Observación 14 advierte que el Estado no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de buena salud, sino a garantizar toda una gama de facilidades, bienes y servicios que aseguren el más alto nivel posible de salud²⁰.

iii) De acuerdo con el art. 12 del PIDESC, el derecho a la salud comprende diversos ámbitos de protección específicos que comprende el derecho a la salud, los cuales son reiterados y precisados por la Observación No 14 (2000). Esto son, el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva; el derecho a la higiene del trabajo y del medio ambiente; el derecho a la prevención y el tratamiento de enfermedades, y la lucha contra ellas; y el derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud.

En relación con la lucha contra las enfermedades, en especial las epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, la Observación n.º 14 señala lo siguiente:

La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, **y la lucha contra ellas" (apartado c) del párrafo 2 del artículo 12) exigen que se establezcan programas de prevención** y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género. **El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud**, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación

¹⁹ Observación General No 14 (2000) (3).

²⁰ Observación General N° 14 (2000) (9).

de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas [Resalta la Sala].

Como se observa, de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, la obligación de protección de la salud en caso de epidemias comprende la adopción de un sistema de atención médica **urgente** para su tratamiento.

iv) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera que el derecho a la salud, en todas sus formas y a todos los niveles, abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones preexistentes en cada Estado, a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

v) De acuerdo con la Observación n.º 14, el derecho a la salud supone obligaciones de tres tipos: (i) de respeto, (ii) de protección, y (iii) de cumplimiento (denominadas también de garantizar).

Al respecto, la Sentencia T-760 de 2008 advierte que en relación con las obligaciones de cumplir o de garantía existe una discusión en la doctrina y la jurisprudencia. Así, por ejemplo, mientras que para la Observación General N° 14 las obligaciones de cumplir se dividen a su vez en obligaciones de facilitar, proporcionar y promover el derecho a la salud, para algunos autores, además de las obligaciones de respetar y proteger, hay dos clases adicionales, las de asegurar, por un lado, y las promover, por otro.

vi) Para lograr el pleno ejercicio del derecho a la salud es necesario adoptar una estrategia nacional, que tenga en cuenta los derechos humanos y los recursos disponibles, con base en la cual se formulen políticas y se establezcan los indicadores y las bases de referencia correspondientes del derecho a la salud. La adopción de la política que se implemente debe contar con la participación de las personas, en especial aquellas que se verían afectadas por la decisión. El Estado debe garantizar la participación de las personas en (i) la fijación de prioridades, (ii) la adopción de decisiones, (iii) la planificación, (iv) la aplicación y (v) la evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud.

A.3. El carácter limitado del derecho a la salud

La Sentencia T-760 de 2008 reconoce que «el derecho fundamental a la salud es limitado y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito, sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles».

En este sentido, llama la atención sobre varios casos en los que la Corte ha

negado los servicios de salud solicitados por vía de tutela, entre ellos, los servicios de salud estéticos, gafas y cirugías de ojos, tratamientos de fertilidad, entre otros.

A.4. El derecho de acceso a los servicios de Salud de manera oportuna, eficaz y con calidad

De acuerdo con lo expuesto en la sentencia T-760 de 2008, uno de los ámbitos más importantes de protección del derecho a la salud es el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Frente a este derecho, la Corte señala las siguientes exigencias, analizando al mismo tiempo las problemáticas y requerimientos que se presentan en la materia en el derecho colombiano:

- i) Contar con un sistema de salud que garantice el acceso a los servicios de salud.
- ii) Garantizar la pertenencia de todas las personas al sistema, por sus características de universalidad y, por ende, la prestación de los servicios a todos los ciudadanos.
- iii) Conocimiento de la información adecuada y necesaria para acceder a los servicios de salud con libertad y autonomía.
- iv) Garantizar el acceso a los servicios de salud con calidad, eficacia y oportunidad.
- v) Acceso a los servicios de salud que requieren los sujetos de especial protección constitucional, como las niñas y los niños.

Por su especial influencia en la expedición de la Ley 1751 de 2015, la Sala considera relevante referirse a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en relación con la exigencia de que las entidades responsables garanticen el acceso a los servicios de salud con calidad, eficacia y oportunidad.

La referida sentencia enfatizó en que la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud de una persona no puede ser obstaculizada por el hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud.

En conexión con lo anterior, la Sentencia T-760 de 2008 analiza el problema relativo a la incertidumbre de los servicios incluidos, los no incluidos y los excluidos del plan obligatorio de salud, y concluye que esta circunstancia desprotege el derecho a la salud de las personas, pues de esta manera se imponen cargas elevadas y barreras al acceso a los servicios de salud, en razón a los debates y discusiones administrativas y judiciales previas que generan desgastes considerables e innecesarios de recursos de casi todos los actores del sector.

En consecuencia, entre las distintas decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en esta sentencia se incorporaron las siguientes órdenes, que sirvieron de fundamento a la presentación del proyecto de ley estatutaria que culminó con la expedición de la Ley 1751 de 2015²¹:

Décimo sexto.– Ordenar al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios asegurando que sus contenidos (i) sean precisados de manera clara, (ii) sean actualizados integralmente, (iii) sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado y, (iv) sean oportuna y efectivamente suministrados por las Entidades Promotoras de Salud.

[...]

Décimo séptimo. - Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Para el cumplimiento de esta orden la Comisión deberá garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2.). En dicha revisión integral deberá: (i) definir con claridad cuáles son los servicios de salud que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de ley así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) establecer cuáles son los servicios que están excluidos así como aquellos que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (iii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, en aras de una mayor protección de los derechos, según las prioridades en materia de salud; y (iv) **tener en cuenta, para las decisiones de incluir o excluir un servicio de salud, la sostenibilidad del sistema de salud así como la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación.**

En la definición de los contenidos del POS deberá respetarse el principio de integralidad en función de los servicios de salud ordenados y de la atención requerida para las patologías aseguradas [Resalta la Sala].

A.5. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible

Otro argumento para entender la prevalencia de los derechos fundamentales a la vida y a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano es el compromiso asumido por el Estado respecto de los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenible – ODS, los cuales fueron promulgados por las Naciones Unidas en

²¹ En efecto, entre los fundamentos jurídicos del Proyecto de Ley Estatutaria 203 de 2013, Senado, radicada el 21 de marzo de 2013, se señalan las órdenes impartidas en los artículos décimo sexto y décimo séptimo de la parte resolutive de la Sentencia T-760 de 2008.

septiembre del año 2015 en Nueva York, con una fuerte incidencia de la representación diplomática que por Colombia asistió a dicha reunión.

Estos objetivos fueron adoptados como un compromiso universal para combatir globalmente la pobreza, mejorar la calidad de vida de las personas, proteger el planeta y garantizar que todos los habitantes pudieran gozar de paz y de prosperidad en dirección al año 2030. Se trata de 17 objetivos interrelacionados entre sí, todos los cuales fueron concebidos para tener en cuenta, a la vez, aspectos tan diversos como el cambio climático, la seguridad alimentaria, la salud, la educación, el género, el desarrollo económico, la justicia, la pobreza, los servicios públicos, las energías limpias y la biodiversidad, entre otros. Para la implementación de dichos objetivos se diseñaron 169 metas, quizás una tarea ambiciosa, pero justificada dadas las necesidades de todo orden que padece la humanidad.

En este marco de referencia debe señalarse que el Objetivo No. 3 tiene por título Salud y Bienestar y busca «*Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades*». Se han propuesto nueve metas, entre las cuales sobresalen lograr la cobertura sanitaria universal, reducir sustancialmente el número de muertes y enfermedades producidas por la contaminación del aire, el agua y el suelo, apoyar las actividades de investigación y desarrollo de vacunas y medicamentos para las enfermedades transmisibles y no transmisibles y facilitar el acceso a medicamentos y vacunas esenciales y asequibles, aumentar sustancialmente la financiación de la salud, la contratación, el desarrollo, la capacitación y la retención del personal sanitario en los países en desarrollo y reforzar la capacitación de todos los países para la reducción y gestión de los riesgos para la salud nacional y mundial, entre otras.

Colombia asume el compromiso integral con los Objetivos de Desarrollo Sostenible – ODS a través del documento Conpes 3918 del 15 de marzo de 2018, y luego con la aprobación del actual Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 (Ley 1955 de 2019), dentro del denominado «Pacto III: Por la equidad: política social moderna centrada en la familia, eficiente, de calidad y conectado a los mercados». En este documento de planeación hay tareas concretas en materia de calidad en los servicios de salud, en su conexión con la protección de la vida, así como de la importancia de la investigación, entre otros aspectos. Por eso es importante entender que los Objetivos de Desarrollo Sostenible están directamente relacionados con la calidad de los servicios asociados a la salud y con el componente de investigación. Y Colombia, no cabe duda, ya asumió expresamente el cumplimiento del ODS No. 3 en su marco legal y en sus políticas públicas de salud y de bienestar para su población.

B. Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud

B.1. Antecedentes y finalidad de la Ley 1751 de 2015, en especial de lo consagrado en su art. 15

Como se advierte en la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la expedición de la Ley Estatutaria de Salud²², el objetivo del proyecto fue proteger, garantizar y materializar el derecho fundamental a la salud que asiste a toda persona al acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), superando los problemas identificados en la operación del SGSSS¹, varios de ellos expuestos en la Sentencia T-760 de 2008.

Entre dichas problemáticas la exposición de motivos menciona las siguientes: i) El acceso inoportuno a los servicios en los diferentes niveles de complejidad; ii) los problemas de calidad en la prestación de los servicios; iii) la ineficacia en el uso de los recursos; iv) el énfasis histórico en el enfoque curativo antes que en el promocional y preventivo determinado en sus inicios por la norma y que con el paso en el deterioro de algunos indicadores trazadores de salud; v) la iliquidez y las dudas sobre la sostenibilidad del SGSSS a causa de la homologación del POS y la prima determinada en dicho proceso; vi) el aumento en los costos en salud en todo el mundo por la explosión tecnológica, dado el incremento exagerado del lucro en las empresas de bienes y servicios relacionados con la atención médica.

Frente a este listado de necesidades, se indica que Ley Estatutaria de Salud tendría que concentrarse en: la definición del derecho fundamental a la salud; la sostenibilidad en el financiamiento del Plan Único de Salud; la calidad en términos de acceso, continuidad y progresividad; la eliminación progresiva de las exclusiones, en ese momento conocidas como servicios No POS, y los mecanismos para incentivar corresponsabilidad en el cuidado de la salud de los afiliados al Sistema y lograr mejores resultados en salud.

A partir de estos criterios, la exposición de motivos señala la necesidad de regular:

[E]l derecho a la salud, haciendo referencia a que el Plan Único de Beneficios hace parte del núcleo esencial del derecho a la misma, discutiendo que Plan de Beneficios puede el país financiar y ofrecer en el marco de la prima - UPC y que no debe perder de vista los principios constitucionales que ampliamente ha expresado la honorable Corte Constitucional y, en todo caso, sin disminuir las prestaciones contenidas en el actual Plan de Beneficios.

²² Gaceta del Congreso No 116 del 21 de marzo de 2013. Proyecto de Ley Estatutaria No 230 de 2013, Senado, «[p]or medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones». Pág. 1 ss.

La ley estatutaria debe definir el “núcleo esencial del derecho” como un plan de beneficios exigible, costo –efectivo en términos de su valor terapéutico. Lo que no esté incluido en el plan, deberá justificarse médica y financieramente, a través de comités técnico científicos antes de acudir a la tutela, incentivar la “corresponsabilidad” de los individuos y las familias, por medio de su “Autocuidado”, pudiéndose plantear estímulos económicos cuando los ciudadanos sean conscientes de la necesidad de responder por su salud y bienestar (sic) lo cual pueda ser evidenciado en términos del mejoramiento de su condición de salud - enfermedad, con un sistema de estímulos.

No se pueden perder de vista estudios publicados que hacen recaer el crecimiento de lo extra POS en los últimos 8 años, basados en acciones de mercadeo de las farmacéuticas y en algunos casos con prácticas poco ortodoxas y presuntamente en dádivas a los profesionales de la salud hoy no reguladas por el Gobierno como ordenó la Ley 1438/11.

Colombia carece de la suficiencia financiera para proporcionar la atención ilimitada y creciente de los servicios de salud, por ello, se debe establecer el Plan único de Beneficio acorde con nuestra realidad (demográfica, epidemiológica, a las tecnologías adecuadamente probadas) a la bolsa de recursos económicos sostenibles para garantizar el disfrute de los derecho plenos y oportunos. En este punto, entra otro aspecto por regular e implementar - el Organismo Técnico de Evaluación de Tecnología en Salud, creado por la Ley 1438/11 [Subraya la Sala].

En consonancia con estas motivaciones, el proyecto de ley estableció, por una parte, que a fin de garantizar el derecho a la salud, el Estado crearía «[u]n Sistema Único de Salud, con aseguramiento de carácter social, es decir, que todo colombiano estará cobijado por el Sistema en igualdad de condiciones, dentro de un Plan Único de Salud» (art. 3). Por otra, que el Plan Único de Salud garantizaría el derecho a la salud a través de prestación de servicios, estructurados sobre una concepción integral de la salud, y que de este Plan quedarían excluidos: «[a)] Las prestaciones suntuarias; b) Las meramente estéticas y cosméticas que no tengan fin reconstructivo dentro del proceso integral en salud; c) Los procedimientos, medicamentos y tecnologías experimentales; d) Las que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano estando disponibles en el país, y e) Las prestaciones que no son propias del ámbito de la salud» (art. 4).

Sin embargo, este esquema tuvo un cambio significativo en el proceso de aprobación de la ley, cuando en las ponencias para primer debate al proyecto de la Ley Estatutaria de Salud, presentadas en Senado y Cámara, se eliminó la referencia al «Plan único de Salud» del artículo 3 antes citado.

De un lado, en la ponencia presentada a la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República²³, se indicó lo siguiente:

El texto del artículo 3° se mantuvo. Se eliminó la expresión “dentro de un Plan Único de Salud” porque **ya no se requiere la existencia de un Plan (sic) sino que todos (sic) lo necesario para poder gozar del derecho fundamental a la salud se entiende cubierto a menos que se encuentre dentro del listado de exclusiones.**

Del artículo 4° solo se mantuvo el texto del párrafo que establecía los aspectos excluidos. Fue redactado como un artículo independiente (artículo 10 de la ponencia).

La eliminación del texto de este artículo obedece a que **la filosofía de la presente ley es que no haya un Plan Único de Beneficios o Plan Obligatorio de Salud, sino que todos los bienes o servicios que en materia de salud requiera un individuo se encuentren cubiertos a menos que se trate de aquellos a los que alude el artículo 10 de la ponencia (límites al derecho fundamental a la salud) [Subraya la Sala].**

De manera adicional, agregó:

En virtud de esta ley ya no habrá Plan Único de Beneficios o Plan Obligatorio de Salud, sino que todos los bienes y servicios de salud que requiera el individuo deberán ser cubiertos, a menos que se encuentren dentro de la lista expresa de exclusiones (límite al derecho fundamental de la salud) establecida en el artículo 10 de la ponencia [...].”

Por su parte, en el informe de ponencia presentada a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes²⁴, al aludirse al articulado, se expuso:

Los puntos básicos del articulado pueden resumirse de la siguiente manera:

[...]

²³ Ponencia al Proyecto de Ley n.º 209 de 2003, Senado, 267 de 2013, Cámara, presentada por los coordinadores ponentes del proyecto: la senadora Karime Mota y Morad y los representantes a la cámara Gustavo Puentes Díaz y Adriana Franco. De manera adicional, por los siguientes senadores y representantes a la cámara: los senadores Luis Carlos Avellaneda, Juan Manuel Corzo, Hemel Hurtado Carlos, Jorge Eduardo Londoño Alfredo y Luis Fernando Velasco; y los representantes a la cámara Augusto Rojas, Carlos Augusto Rojas, Rubén Darío Rodríguez, Roosevelt Rodríguez, Alfredo De Luque, Jorge Rozo Rodríguez y Alfonso Prada. Ponencia consignada en la Gaceta del Congreso de la República, No 300 de 2013.

²⁴ Informe de ponencia al Proyecto de Ley número 209 de 2003, Senado, 267 de 2013, Cámara, presentado por los siguientes coordinadores ponentes del proyecto: representantes a la cámara Gustavo Puentes Díaz y Adriana Franco. De manera adicional, por los siguientes representantes a la cámara: Carlos Augusto Rojas, Rubén Darío Rodríguez, Roosevelt Rodríguez, Alfredo De Luque, Jorge Rozo Rodríguez, Alfonso Prada y Fernando de la Peña. Informe de ponencia consignada en la Gaceta del Congreso de la República, No 303 de 2013.

El derecho fundamental a la salud garantiza por medio de un plan de salud implícito para todas las personas. La prestación de servicios y tecnologías deben ser estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención y la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, **en todo caso, no se podrá interpretar el plan de salud como una restricción del alcance del derecho.** Los servicios o tecnologías que no cumplan con los criterios científicos o de necesidad serán explícitamente excluidos por la autoridad competente previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. [...] [Subraya la Sala].

De esta manera, se afirmó la idea de que no debía existir un Plan Obligatorio de Salud, sino que todos los bienes o servicios que requiere un individuo deben ser cubiertos por el sistema, a menos que se tratara de aquellos explícitamente excluidos.

Sobre los servicios y tecnologías que debían ser excluidos de la prestación del servicio de salud, en la fase de presentación y discusión del proyecto de ley en el Congreso, el entonces ministro de salud y protección social destacó que uno de los objetivos del proyecto debía ser determinar los elementos esenciales del contrato social en salud y, en este contexto, determinar hasta donde llega la responsabilidad del Estado en la garantía de este derecho, teniendo en cuenta los recursos finitos que se tienen para tal fin. Al respecto señaló lo siguiente²⁵:

Viene por supuesto un segundo punto importante donde yo creo que también tenemos que dar un debate que es necesario y es el siguiente; [...] **necesitamos definir este contrato social, esta ley estatutaria, este estatuto de los derechos sociales que nos va a decir cuáles son los criterios para definir ese contenido.**

Nosotros hemos hecho una lista de cuáles deben ser sus criterios, hay unos criterios que son fáciles, lo primordialmente estético o cosmético, no debería ser cubierto por el Estado y el Estado puede decir esa obligación no me toca a mí, **lo que es eminentemente experimental, sobre lo cual no existe ningún tipo de evidencia científica, ahí también es más fácil que el Estado se pare en la raya y dígame [sic] responsabilidad no puede cruzar esta frontera, y con recursos públicos no podemos convertir a los residentes de este país en conejillos de indias entonces no vamos a atacar lo experimental porque no tenemos insisto ninguna evidencia al respecto.**

[...] y es en los temas que tienen que ver con la eminencia sobre la seguridad, la eficacia y la efectividad de las diferentes tecnologías, donde señoras y señores yo creo que tenemos que ser conscientes de dónde estamos en el debate mundial hoy en día, y cuál es el tipo de preocupaciones y cuestiones

²⁵ Intervención del entonces ministro de Salud y Protección Social, Alejandro Gaviria, en las consideraciones y votación de los proyectos de ley número 209 de 2013, Senado, y 267 de 2013, Cámara. Gaceta del Congreso n.º 623, del 15 de agosto de 2013. Págs. 10 y ss.

que están ocupando el mundo y a este tipo de foros democráticos cuando nosotros decimos por ejemplo que la efectividad clínica si no existe ningún tipo de evidencia científica sobre una tecnología, el Estado no debería hacer ese tipo de apuestas.

Por lo tanto nosotros creemos que nuestra sociedad a la hora de definir ese contrato social debe tener en cuenta como un criterio, no como una obligación, sino como un criterio entre otros, la evidencia científica sobre la seguridad, la eficacia y la efectividad, no estoy hablando de costo-efectividad, estoy hablando simplemente de efectividad clínica de las nuevas tecnologías.

[...] Vamos a decir en este contrato social si vamos a pagar por este medicamento, pero podemos también tomar la decisión contraria, vamos a decir en este caso no vamos a pagar por esta tecnología, porque la evidencia muestra esto y hay estos casos de falta de seguridad en los pacientes [...].

[...] Entonces, vuelvo y repito, el segundo punto de definir [sic] los criterios que le permitan a la sociedad con este mecanismo cuyos elementos esenciales de la salud en tomar de manera legítima y colectiva este tipo de decisiones, porque no creemos que uno pueda en una ley definir el núcleo del derecho completamente, lo que puede venir son unos criterios razonables, sensatos, más mecanismo participativo y legítimo que nos permita cada año ir tomando esas decisiones [Resalta la Sala].

De todo lo expuesto se concluye que el objetivo de las disposiciones finalmente consagradas en el art. 15 de la Ley 1751 de 2015 es garantizar una prestación amplia e integral de los servicios y tecnología en salud, que asegure el mejor nivel de salud posible para todos los ciudadanos. Para estos efectos, la norma busca racionalizar tales prestaciones con unos criterios de exclusión, que procuran conseguir el más eficiente aprovechamiento de los recursos asignados a la salud y el acceso a servicios y tecnologías, que cumplan criterios razonables de seguridad, eficacia y efectividad.

B.2. Contenido de la Ley Estatutaria de Salud

La Ley 1751 de 2015 recoge distintos elementos esenciales del derecho fundamental a la salud, en cuatro capítulos.

En el primero, el Legislador consagró expresamente el derecho fundamental a la salud, como derecho autónomo, y haciendo énfasis en uno de sus componentes, esto es, el derecho de todas las personas al acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad:

Art. 2º. 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.

De manera adicional, el capítulo primero regula, entre otros aspectos:

- i) Las obligaciones del Estado para respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud (Art. 5).
- ii) Los elementos y principios de este derecho (Art. 6).
- iii) Los derechos y deberes de las personas relacionadas con la prestación del servicio de salud (Art. 10).

Por su parte, el capítulo segundo de la ley, el cual interesa de manera especial al presente concepto, regula «la garantía y mecanismos de protección del derecho fundamental a la salud».

Como su nombre lo indica, este capítulo regula la garantía del derecho fundamental a la salud y los distintos mecanismos para su protección, en sus diferentes facetas o componentes. En esta medida, el capítulo se refiere a:

- i) El derecho a las personas participar en las decisiones del sistema de salud y los mecanismos concretos a través de los cuales se hace efectivo (art. 12).
- ii) El tipo de redes (públicas, privadas o mixtas) a través de la cuales se puede prestar el servicio de salud (art. 13).
- iii) La prohibición de negación de prestación de servicios de salud y su respectivo alcance (art. 14).
- iv) Las prestaciones de salud: su contenido y exclusiones (art. 15).
- v) El procedimiento de resolución de conflictos por parte de los profesionales de la salud (art.16).

El tercer capítulo de la ley versa sobre los profesionales y trabajadores de la salud, en especial su autonomía y el respeto a unas condiciones laborales justas y dignas.

Por último, el capítulo cuarto incorpora disposiciones adicionales sobre:

- i) La política para el manejo de la información en salud (art. 19).
- ii) La política pública en salud (art. 20).
- iii) La divulgación de información sobre progresos científicos (art. 21).
- iv) La Política de Innovación, Ciencia y Tecnología en Salud (art. 22).
- v) La Política Farmacéutica Nacional (art. 23).
- vi) El deber de garantizar la disponibilidad de servicios en zonas marginadas (art. 24).
- vii) La destinación e inembargabilidad de los recursos públicos que financian la salud (art. 25).

C. Alcance del literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015

Sea lo primero transcribir el artículo objeto de análisis:

Art. 15. Prestaciones de salud.

El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;**
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar lo señalado en el presente artículo. En este lapso el Ministerio podrá desarrollar el mecanismo técnico, participativo y transparente para excluir servicios o tecnologías de salud.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de las acciones de tutela presentadas para proteger directamente el derecho a la salud, la acción de tutela también procederá para garantizar, entre otros, el derecho a la salud contra las providencias proferidas para decidir sobre las demandas de nulidad y otras acciones contencioso administrativas.

Parágrafo 3. Bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas.

[Subraya la Sala]

Como ya se mencionó, este artículo está ubicado en el capítulo II de la Ley Estatutaria de Salud, que regula la garantía y los mecanismos de protección del derecho fundamental a la salud.

Por su parte, el artículo 15 regula específicamente las «prestaciones de salud» a las que tienen derecho todas las personas en el Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia. Para este fin, y en concordancia con el art. 8 *ibídem*²⁶, la norma consagra la garantía de acceso integral a todos los servicios y tecnología de salud requeridos una persona, en todas las fases de la salud, así:

²⁶ Art. 8 de la Ley 1751 de 2015. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.

El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud **a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.**

[Subraya la Sala]

A renglón seguido, el artículo 15 regula los criterios bajo los cuales se deben establecer, explícitamente, los servicios y tecnologías en salud que, por vía de excepción, no serán asegurados por el Sistema de Seguridad Social en Salud:

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

[...]

e) Que se encuentren en fase de experimentación;

De esta manera, el legislador consagró un sistema en salud que garantiza, de manera amplia e integral, el acceso de cada ciudadano a todos los servicios y tecnologías en salud que requiera para atender todas las patologías, con el solo límite de aquellos que sean excluidos explícitamente por el Sistema, de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 15 *ibidem*.

Así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014, en el estudio previo de exequibilidad de esta norma, al señalar lo siguiente:

En lo que atañe al inciso 2°, se tiene que este excluye la posibilidad de financiar con los recursos destinados a la salud, los servicios y tecnologías bajo la óptica de una serie de criterios enlistados en 6 literales. **Entiende la Corte que se trata de una restricción al derecho fundamental a la salud, pues expresamente se advierte que uno de los bienes destinados al servicio de salud, no se empleará para sufragar determinadas tecnologías, con lo cual se estipula una limitación en el acceso.**

Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8°, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas [Resalta la Sala].

En el mismo sentido, la doctrina destaca el giro significativo que el art. 15 de la Ley 1751 de 2015 comportó en el sistema de aseguramiento en salud en Colombia, consagrado por la Ley 100 de 1993, en el que solo se garantizaba un plan mínimo de servicios y tecnologías de la salud, denominado como servicio POS. En consecuencia, se dejaban por fuera aquellos servicios no POS, generando grandes incertidumbres y una gran desprotección del derecho fundamental a la salud de los ciudadanos, tal como lo analizó la Corte Constitucional en la Sentencia T-706 de 2008.

En efecto, al analizar el contenido de la Ley 1751 de 2015, en especial de lo establecido en el art. 15, la doctrina advierte lo siguiente²⁷:

También se determinan las prestaciones en salud que deberán ser ofrecidas y ejecutadas dentro de la atención del servicio de salud a todos sus afiliados. **Es la forma mediante la cual el Congreso de la República eliminó el tedioso concepto de Plan Obligatorio de Salud, P.O.S., ya que su aplicación era más excluyente, discriminatoria y lesiva al derecho fundamental de los afiliados. Por tal razón, la Corte Constitucional, en diversas ocasiones y mediante sus sentencias de tutela, puso en conocimiento su desacuerdo con dicha institución y solicitó al igual su eliminación del Sistema en Salud**

[...]

Ningún ordenamiento jurídico del mundo tiene libertad absoluta ante los bienes y servicios autorizados dentro del sistema en salud, existen varias formas de determinar que está o no autorizado, las dos más usuales son una lista taxativa de los medicamentos, procesos o consultas autorizadas, y aquellos bienes o servicios que no sean expresamente nombrados, se entenderán no autorizados. Así estaba pensado el Plan Obligatorio de Salud, todo lo consignado en dicha lista era autorizado y a cargo de la Unidad de Pago por Capitación. **Con el artículo 15 de ley estatutaria de salud, se optó por una determinación más vinculante, que solo será limitada la prestación del servicio en salud cuando el fin o propósito de este se encuentre estrechamente vinculado con los seis criterios que el mismo artículo 15 define**²⁸.

[Subraya la Sala]

Es importante anotar que de acuerdo con lo señalado en el tercer inciso del art. 15 de la Ley 1751 de 2015, los criterios establecidos para la exclusión de servicios y tecnologías de salud a los que tienen derecho los ciudadanos debían

²⁷ Carlos A. Gómez-García y Alejandro Builes-Velásquez. *El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema: una mirada desde la Ley Estatutaria 1751 del año 2015*. En la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 48, núm. 128, 2018. Págs. Disponible en <https://www.redalyc.org/jatsRepo/1514/151459455006/html/index.html>.

²⁸ *Ibidem*.

concretarse en una lista explícita de exclusiones expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad que determinara la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

Para estos efectos, el parágrafo 1 del art. 15 concedió al Gobierno Nacional un término de dos años contados a partir de la promulgación de la Ley 1751 de 2015, para reglamentar el procedimiento a través del cual se realizaría la lista de servicios y tecnologías de salud excluidos, de conformidad con los criterios establecidos en el art. 15 *ibídem*.

Así, mediante Resolución 330 de 2017, el Ministerio de Salud y Protección Social creó el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de los servicios y tecnologías excluidos de la prestación de los servicios de salud, con base en los seis criterios de exclusión determinados en el art. 15 de la Ley 1751 de 2015.

Finalmente, esta lista fue expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 244 de 2019, «Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud».

Ahora bien, para determinar el alcance del literal e) de la Ley 1751 de 2015, la Sala considera importante detenerse en dos aspectos: 1) El alcance del vocablo tecnologías en salud y 2) el alcance de la expresión «recursos públicos asignados a la salud», sobre los cuales recae la limitación del literal e) del inciso 2 del art. 15 de la Ley 1751 de 2015.

C.1. Alcance del término «tecnologías en salud»

Para determinar el alcance del literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015 es preciso referirse a algunas definiciones relativas a las tecnologías en salud.

En primer lugar, la Red Internacional de Agencias de Evaluación de Tecnologías de la salud (INAHTA) la define de la siguiente manera:

Cualquier intervención que se puede utilizar para promover la salud, **para prevenir**, diagnosticar o tratar enfermedades o para rehabilitación o de cuidado a largo plazo. **Esto incluye** los procedimientos médicos y quirúrgicos usados en la atención médica, **los productos farmacéuticos**, dispositivos y sistemas organizacionales en los cuidados de la salud.

A su turno, la Resolución 330 de 2017²⁹, mediante la cual se desarrolló el art. 15 de la Ley 1751 de 2015, define las tecnologías en salud, de la siguiente manera:

Tecnología: Incluye todas las actividades, **intervenciones**, insumos, **medicamentos**, dispositivos, **productos**, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con los que se presta la atención en salud.

De conformidad con estas definiciones, y teniendo en cuenta el alcance de la consulta, se considera pertinente revisar si las vacunas se encuentran inmersas dentro de la definición de Tecnologías en Salud.

La OMS señala al respecto:

Se entiende por vacuna cualquier preparación destinada a generar inmunidad contra una enfermedad estimulando la producción de anticuerpos. Puede tratarse, por ejemplo, de una suspensión de microorganismos muertos o atenuados, o de productos o derivados de microorganismos. El método más habitual para administrar las vacunas es la inyección, aunque algunas se administran con un vaporizador nasal u oral³⁰.

Por su parte, el Decreto 1782 de 2014 «Por el cual se establecen los requisitos y el procedimiento para las Evaluaciones Farmacológica y Farmacéutica de los **medicamentos biológicos** en el trámite del registro sanitario» indica entre sus considerandos lo siguiente:

Que **para la regulación de medicamentos**, el Ministerio de Salud y Protección Social ha considerado los avances en legislación comparada y diferentes lineamientos técnicos emitidos por la Organización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud, de la cual hace parte Colombia, en especial en lo relacionado con el ejercicio de comparabilidad, buenas prácticas de manufactura y de fármaco vigilancia y **estabilidad de vacunas y biológicos** [Resalta la Sala].

En relación con los medicamentos biológicos, el artículo 3, sobre las definiciones del decreto, señala:

Para la aplicación del presente decreto se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

3.1. Medicamentos biológicos. Medicamentos derivados de organismos o células vivas o sus partes. Se pueden obtener de fuentes tales como tejidos o células, componentes de la sangre humana o animal (como antitoxinas y otro

²⁹ Por la cual se adopta el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados con recursos públicos asignados a la salud y se establecen otras disposiciones.

³⁰ Organización Mundial de la Salud. Concepto de vacuna. Disponible en <https://www.who.int/topics/vaccines/es/>. Consultada el 9 de agosto de 2020.

tipo de anticuerpos, citoquinas, factores de crecimiento, hormonas y factores de coagulación), virus, microorganismos y productos derivados de ellos como las toxinas. Estos productos son obtenidos con métodos que comprenden, pero no se limitan a cultivo de células de origen humano o animal, cultivo y propagación de microorganismos y virus, procesamiento a partir de tejidos o fluidos biológicos humanos o animales, transgénesis, técnicas de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) recombinante, y técnicas de hibridoma. Los medicamentos que resultan de estos tres últimos métodos se denominan biotecnológicos.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que las vacunas se encuentran dentro de la categoría de tecnologías en salud a la que hace referencia el art. 15 de la Ley 1751 de 2015.

C.2. Los recursos públicos asignados a salud sobre los cuales recae la limitación del literal e) del inciso 2 del art. 15 de la Ley 1751 de 2015

De lo analizado previamente, se podría inferir que la limitación prevista en el literal e) del inciso 2 del art. 15 de la Ley 1751 de 2015, cuando señala que los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se adviertan, entre otros criterios, «que se encuentren en fase de experimentación», recae sobre los recursos públicos ordinarios destinados a financiar el sistema general de seguridad social en salud.

Así, la limitación incluye, principalmente, los recursos de la UPC, que protegen el derecho colectivo de acceso a los servicios de salud, pues es el valor anual que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), con el fin de garantizar los servicios y tecnologías en salud a todos sus afiliados, para todas las patologías existentes³¹.

³¹ «La Unidad de Pago por Capitación es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud para cubrir las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud en los Regímenes Contributivo. Las normas que regularon el proceso de compensación han estado enmarcadas en los Decretos 1896 de 1994 derogado por el Decreto 1283 de 1996 (Capítulo 1 del Título I - Parte 6 – Libro 2 del Decreto 780 de 2016 - DURSS) y 1013 de 1998; estas normas definieron los procedimientos operativos para la compensación según el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y aplicaron de forma sistemática el desarrollo estructural de la Subcuenta de Compensación en términos de control, validación, calidad de información y oportunidad en el reconocimiento y giros de los recursos.

A partir de octubre de 2013, el Proceso de Giro y Compensación y de Promoción y Prevención se realiza conforme al Decreto 4023 de 2011 (Capítulo 1 del Título I - Parte 6 – Libro 2 del Decreto 780 de 2016 DURS), mediante el cual se reconocen y giran los recursos de la UPC del contributivo, incapacidades por enfermedad general, UPC para programas de promoción y prevención para financiar la prestación de servicios de salud a los afiliados al régimen contributivo, así como se reconoce los valores pagados por la EPS a los cotizantes, correspondiente a las licencias de maternidad y paternidad». Ministerio de Salud y Protección Social. *Fuentes de Financiación y Usos de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS*. Junio de 2016. Disponible en la página web: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/FS/fuentes-y-usos-de->

De acuerdo con el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, estos recursos estaban destinados a pagar el denominado POS. A partir de la Ley 1751 de 2015, están destinados a cubrir todos los servicios y tecnologías requeridos en las distintas facetas de la salud, excepto los excluidos explícitamente por el Gobierno de Nacional, de conformidad con los criterios del art. 15 de la Ley 1751 de 2015³².

Asimismo, la limitación del inciso 2 de la Ley 1751 de 2015 incluye los recursos de presupuesto máximo, regulados por el art. 240 de la Ley 1955 del 2019³³, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 «Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad», que dispone:

ARTÍCULO 240. Eficiencia del gasto asociado a la prestación del servicio y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC. Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). El techo o presupuesto máximo anual por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En

[recursos-del-sgsss.pdf](#). Consultado el 12 de septiembre de 2020.

³² Sin embargo, debe tenerse en cuenta que para desarrollar la implementación del artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 del 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social, expidió una serie de resoluciones, entre ellas, la número 6408 del 26 de diciembre del año 2016 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016), por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Al respecto, advierte la doctrina lo siguiente: «[e]s algo extraño que el gobierno (sic) nacional instituya nuevamente una lista taxativa, a sabiendas de lo plasmado en el artículo 15 de la ley estatutaria, donde se deduce la eliminación de una lista de estas características con bienes y servicios, pero el gobierno sigue con la idea de determinar un conjunto de medicamentos y servicios, que ha nombrado Plan de Beneficios en Salud, pero que su naturaleza es muy similar a la del P.O.S. Es prudente resaltar que (sic) dentro del nuevo Plan de Beneficios en Salud, P.B.S. se han logrado integrar algunos bienes y servicios que no estaban dentro del P.O.S., que eran constante objeto de las acciones de tutela, y que los usuarios buscaban mediante el juez constitucional autorizar el recobro de los medicamentos y procedimientos No P.O.S. al Fosyga. Para determinar las acciones a emprender dentro de los eventos que sean necesarios, la prescripción de medicamentos no consignados en el P.B.S se reguló por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante una serie de resoluciones y la aplicación de un software llamado "MIPRE", que se deriva de la palabra mi prescripción, con el fin de autorizar por medio de comités médico científicos internos y potestativos de cada empresa promotora de salud aquel conjunto de bienes y servicios. Este procedimiento, que inicia con el registro en el software "MIPRE" y del cual tiene conexión directa con el mismo Ministerio de Salud, se encuentra regulado inicialmente por la Resolución número 3951 del año 2016 y luego modificada por la Resolución número 532 del 28 de febrero de 2017. Luego pasa a la evaluación de la junta de médicos o comité de las respectivas E.P.S., que (sic) de acuerdo a un fundamento profesional y científico, autorizaran la aplicación del medicamento o procedimiento». Carlos A. Gómez-García y Alejandro Builes-Velásquez. *El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema*. Op, cit.

³³ Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 2020 y reglamentado por la Resolución 205 de 2020.

ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015.

En todo caso, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y remitirán la información que este requiera. La ADRES ajustará sus procesos administrativos, operativos, de verificación, control y auditoría para efectos de implementar lo previsto en este artículo.

PARÁGRAFO. Las EPS podrán implementar mecanismos financieros y de seguros para mitigar el riesgo asociado a la gestión de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC.

De igual manera, la limitación incluye los componentes de subsidio a la salud pública y subsidio a la oferta. El primero, correspondiente a los «recursos del Sistema General de Participaciones destinados a financiar las acciones de salud pública definidas como prioritarias para el país por el Ministerio de Salud y Protección Social, recursos que deben ser girados a las entidades territoriales los diez (10) primeros días del mes siguiente al que corresponde la transferencia. (Art. 52 y 53 de la Ley 715 de 2001)»³⁴.

³⁴ Ministerio de Salud y Protección Social. Definición disponible en <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Financiamiento/Paginas/sgp-salud-publica.aspx>. Consultada el 12 de septiembre de 2020. Al respecto, la Ley 715 de 2001, [p]or la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros, señala lo siguiente:

ARTÍCULO 52. DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS DEL COMPONENTE DE SALUD PÚBLICA Y DE SUBSIDIO DE OFERTA. Modificado por el artículo 235 de la Ley 1955 de 2019. Este componente comprende dos subcomponentes: el de acciones de salud pública y el de subsidio a la oferta. Los recursos correspondientes a estos subcomponentes se distribuirán así:

52.1 El subcomponente de Acciones de Salud Pública, se distribuirá a cada entidad territorial de acuerdo al resultado de la sumatoria de los siguientes criterios: población, porcentaje de pobreza de cada entidad territorial, ruralidad, densidad poblacional y eficiencia administrativa. Se entenderá como eficiencia administrativa el mayor o menor cumplimiento en metas prioritarias de salud pública, medidas por indicadores trazadores.

Los departamentos recibirán el 45% de los recursos destinados a este subcomponente para financiar las acciones de salud pública de su competencia, la operación y mantenimiento de los laboratorios de salud pública y el 100% de los asignados a las áreas no municipalizadas. Los municipios y distritos recibirán el 55% de los recursos asignados a este componente, con excepción del Distrito Capital que recibirá el 100%.

El Ministerio de Salud y Protección Social deberá diseñar e implementar los sistemas de monitoreo que den cuenta del uso eficiente de los recursos y los resultados en salud, acorde con las acciones de salud pública priorizadas. Para lo cual los departamentos, distritos y municipios deberán reportar la información que corresponda.

Los departamentos, distritos y municipios podrán establecer convenios de asociación para la ejecución de los recursos, en función de los planes territoriales de salud pública de intervenciones colectivas, en especial los objetivos y metas priorizadas en el respectivo territorio.

Por su parte, el subsidio a la oferta, definido por la ley como «una asignación de recursos para concurrir en la financiación de la operación de la prestación de servicios y tecnologías efectuadas por instituciones públicas o infraestructura pública administrada por terceros, ubicadas en zonas alejadas o de difícil acceso que sean monopolio en servicios trazadores y no sostenibles por venta de servicios» (Art. 52 de la Ley 715 de 2001)³⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener en cuenta que la limitación para la inversión de los recursos públicos asignados a salud, contenida en el art. 15 de la Ley 1751 de 2015, no excluye las siguientes posibilidades:

i) Que el legislador establezca una destinación específica de recursos públicos para actividades de investigación en salud.

iii) Que procedan, de manera excepcional, los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 313 de 2014, para inaplicar la limitación del literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015.

Al segundo aspecto se referirá la Sala más adelante.

En relación con la normativa que contempla una asignación específica de recursos para investigación en salud, cabe destacar que el art. 25 de la Ley 1751 de 2015 establece:

Destinación e inembargabilidad de los recursos. Los recursos públicos que financian la salud son inembargables, **tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente** [Resalta la Sala].

Por su parte, el artículo 22 *ibídem* señaló la necesidad de que el Estado estableciera una política de ciencia y tecnología en salud orientada a la investigación, así:

Artículo 22. Política de Innovación, Ciencia y Tecnología en Salud. El Estado deberá establecer una política de Innovación, Ciencia y Tecnológica en Salud, **orientada a la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, la adquisición y producción de las tecnologías, equipos y herramientas necesarias para prestar un servicio de salud de alta calidad que permita el mejoramiento de la calidad de vida de la población** [Resalta la Sala].

³⁵ De manera adicional, el art. 52 de la Ley 715 de 2001 establece que «Los recursos para financiar este subcomponente se distribuirán entre los municipios y distritos certificados y los departamentos con instituciones de prestación de servicios de que trata el inciso anterior, de conformidad con los siguientes criterios: población total, porcentaje de pobreza de cada entidad territorial, ruralidad y densidad poblacional».

A su turno, con la Ley 1951 de enero de 2019, se creó el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, para fortalecer el sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación.

Esta ley atribuyó al referido ministerio la dirección de la política de ciencia, tecnología e innovación, que permita generar capacidades, promover el conocimiento científico y tecnológico, contribuir al desarrollo y crecimiento del país, y anticiparse a los retos tecnológicos futuros.

En el artículo 4 de esta ley se dispuso:

Al Ministerio de Ciencia y Tecnología corresponderá el presupuesto ordenado en el art 361 de la CN relativo al fondo de ciencia, tecnología e innovación, presupuesto estrictamente dirigido a investigación y competitividad originados en los programas de investigación docentes de postgrado (sic) de las universidades colombianas y el sistema de investigación acreditado.

En esta medida, es evidente que la Ley Estatutaria de Salud contempló la destinación de recursos públicos para la investigación en salud, y que el Estado cuenta con una estructura institucional y unos recursos que deben ser destinados a la investigación, incluida la generación de nuevos conocimientos en salud, la adquisición y producción de las tecnologías, equipos y herramientas necesarias para prestar un servicio de salud que requiere el país.

En este orden de ideas, se destacan los siguientes Fondos que tienen por propósito financiar investigaciones en salud y en ciencia y tecnología en Colombia:

a) Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación

La Ley 1530 del 17 de mayo de 2012 tiene por objeto determinar la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios.

Para estos efectos, el artículo 29 se refirió de manera expresa al Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación en los siguientes términos:

Artículo 29. Fondo de Ciencia, Tecnología e innovación. El Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación tendrá como objeto **incrementar la capacidad científica, tecnológica, de innovación y de competitividad** de las regiones, mediante proyectos que contribuyan a la producción, uso, integración y apropiación del conocimiento en el aparato productivo y en la sociedad en general, **incluidos proyectos relacionados con biotecnología** y tecnologías de la información y las comunicaciones, contribuyendo al

progreso social, al dinamismo económico, al crecimiento sostenible y una mayor prosperidad para toda la población.

Los departamentos participarán de la distribución de los recursos del Fondo de Ciencia Tecnología e Innovación en la misma proporción en que se distribuya la suma de los recursos del Fondo de Compensación Regional y del Fondo de Desarrollo Regional.

Parágrafo. Para efectos de la distribución de que trata el inciso anterior, el Distrito Capital de Bogotá, tendrá tratamiento de departamento, dada su condición constitucional de Distrito Capital y su régimen especial [Resalta la Sala].

En cuanto a los programas y proyectos que se financian con estos recursos, el artículo 30 dispuso:

Artículo 30. Programas y proyectos. Los programas y proyectos en ciencia, tecnología e innovación de los departamentos, municipios y distritos que **se financian con los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación**, se definen, viabilizan y aprueban por el Órgano Colegiado de Administración y Decisión a que se refiere el tercer inciso del párrafo segundo del artículo 361 de la Constitución Política [Resalta la Sala].

Por su parte, de la Ley 1923 de 2018³⁶, que regula lo previsto en el párrafo 5° del artículo 361 de la CP, relativo a los programas y proyectos de inversión que se financiarán con recursos del fondo de ciencia, tecnología e innovación del sistema general de regalías, se resalta el artículo 2, que indica que los proyectos que se financian con estos recursos son definidos por un órgano colegiado a través de convocatorias públicas y abiertas, en los términos establecidos en la norma.

b) Fondo de Investigación en Salud

La Ley 643 de 2001³⁷, «[p]or la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar», estableció en el artículo 42³⁸, que un porcentaje de los recursos obtenidos por el monopolio de juegos de suerte y azar, diferentes del lotto, lotería preimpresa e instantánea serían destinados al Fondo de Investigación en Salud (FIS).

Asimismo, el referido artículo establece que «los recursos que se destinen al Fondo de Investigación en Salud, se asignarán a los proyectos a través del Ministerio de Salud y Colciencias para cada departamento y el Distrito Capital».

³⁶ Sin perjuicio de las modificaciones que pueda introducir el Proyecto de Ley 311 de 2020, Cámara-200 de 2020, Senado, «[p]or la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías».

³⁷Reglamentada, entre otros, por el Decreto 3034 de 2013, el Decreto 1289 de 2010; modificada en lo pertinente por el Artículo 36 del Decreto 126 de 2010. Asimismo, reglamentada por el Decreto 855 de 2009, el Decreto 4643 de 2005, el Decreto 2975 de 2004, el Decreto 1350 de 2003 y el Decreto 1659 de 2002.

³⁸ Este artículo fue reglamentado por el Decreto 1437 de 2014.

De manera adicional, el parágrafo 2 del art. 42, reglamentado por el Decreto 728 de 2013 establece que los anteriores recursos se destinarán a la oferta y a la demanda en la prestación de los servicios de salud. Se contratarán, en proporción a la oferta y la demanda de los servicios de salud, según reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, mediante Decreto originario del Ministerio de Salud.

De acuerdo con el contenido de estas normas, el FIS fue creado para financiar proyectos de investigación en salud en los Departamentos y el Distrito Capital, bajo los lineamientos y criterios del Gobierno para invertir estos recursos.

En esta medida, se puede concluir que el ordenamiento jurídico colombiano prevé la asignación de recursos de salud para financiar la investigación necesaria para promover y garantizar la salud en Colombia. En todo caso, esta debe sujetarse a los requisitos y procedimientos previstos en la normativa para su utilización.

Ahora bien, para el caso objeto de la consulta, no resulta procedente entrar a determinar los requerimientos que se harían necesarios para invertir recursos públicos destinados a la investigación en salud, en la investigación de la vacuna de la COVID- 19. En efecto, no se trataría en estricto de invertir en investigación: como lo señaló la directora jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, en la audiencia realizada el 8 de septiembre de 2020, ninguna de las soluciones que se plantean en el mercado mundial para la adquisición de esta vacuna comprende la posibilidad de invertir recursos del Estado en la financiación de las investigaciones para la elaboración de la vacuna, con miras a su futura adquisición. Esas investigaciones cuentan con su propia e independiente financiación.

D. El estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por los Decretos Legislativos 417 y 637 de 2020

El fenómeno que da origen a la consulta ha afectado la vida de los seres humanos de manera especialmente grave y en forma global.

En efecto, la pandemia de la COVID-19, al constituir un gravísimo riesgo para la vida y la salud de las personas, ha afectado todos los ámbitos de la vida de estas, en materia familiar, social, económica, laboral, educativa, cultural, etc., en el mundo en general y por supuesto, en Colombia.

Como se señala en la consulta, en nuestro país se detectó el primer caso de esta enfermedad el 6 de marzo de 2020, y la Organización Mundial de la Salud declaró el 11 del mismo mes y año que el brote de dicha enfermedad constituía una pandemia y, por tanto, los Estados debían tomar medidas urgentes para hacerle frente.

Con base en lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria en todo el país, mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020.

Por su parte, el Gobierno Nacional decretó la emergencia económica, social y ecológica, por medio del Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, teniendo en cuenta las consecuencias altamente nocivas de la pandemia sobre la salud de las personas y sobre el desarrollo de las actividades económicas y sociales de la población en general.

Desde entonces, tanto el Gobierno Nacional, como el Ministerio de Salud y Protección Social expedieron un gran número de decretos legislativos y resoluciones, respectivamente, destinados a conjurar la crisis generada por la pandemia y a impedir la extensión de sus efectos.

De igual manera, otras autoridades nacionales y las autoridades territoriales en el país, tomaron múltiples medidas destinadas principalmente a prevenir el contagio de la enfermedad y mejorar los servicios de salud a fin de tratar adecuadamente los casos reportados.

Como se mencionó, mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional (artículo 1º). La declaratoria tuvo como fundamento, entre otras, las siguientes consideraciones³⁹:

- i) La Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó la COVID-19 como una emergencia sanitaria y social de alcance mundial. Como consecuencia de lo anterior, solicitó a los países adoptar medidas para prevenir su propagación y detener su transmisión.
- ii) La COVID-19 constituye una amenaza global para la salud pública con graves afectaciones en el ámbito económico del país (reducción de ingresos para trabajadores y empresas, disminución del precio del petróleo, subida abrupta del precio del dólar, menor crecimiento económico y grave afectación del empleo y el sector de turismo).
- iii) El sistema de salud colombiano no está preparado para atender la emergencia de salud derivada de la COVID-19, por lo que requiere de un apoyo fiscal urgente⁴⁰.

³⁹ Decreto Legislativo 417 de 2020. Considerandos.

⁴⁰ Que lo expuesto anteriormente evidencia que el sistema de salud colombiano no se encuentra físicamente preparado para atender una emergencia de salud, requiere ser fortalecido de manera inmediata para atender un evento sorpresivo de las magnitudes que la pandemia ha alcanzado ya en países como China, Italia, España, Alemania, Francia e Irán, entre otros, los cuales presentan actualmente una tasa promedio de contagio de 0,026% de su población total ^[2] (esta tasa de

iv) Con el propósito de conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos, el Gobierno nacional debe adoptar de manera inmediata medidas extraordinarias dirigidas a atender oportunamente a los afectados por la pandemia en el ámbito sanitario y económico. Esto implica la adopción de medidas encaminadas a apoyar al sector salud y a mitigar los efectos económicos de la pandemia⁴¹.

En desarrollo de lo anterior, y respecto a la obtención de recursos para enfrentar la emergencia, el Gobierno Nacional señaló en la parte considerativa del Decreto Legislativo 417 de 2020 su interés por desarrollar las siguientes acciones:

Que teniendo en cuenta que se requieren recursos adicionales para que el Gobierno nacional pueda enfrentar las mayores necesidades sociales y económicas ocasionadas por la situación a que se refiere el presente decreto, se requiere disponer de los recursos que se encuentren a cargo de la Nación y de las Entidades Territoriales, tales como el Fondo de Ahorro y Estabilización (FAE) del Sistema General de Regalías y el Fondo de Pensiones Territoriales (Fonpet), a título de préstamo o cualquier otro que se requiera;

Que se dispondrá de la creación del Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME) con las subcuentas necesarias para atender las necesidades de atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento, por la situación a la que se refiere el presente decreto;

[...]

Que resulta necesario autorizar al Gobierno nacional a crear un patrimonio autónomo o un fondo cuenta especial que tenga por objeto la financiación y la inversión en proyectos destinados para atender, mitigar y superar los efectos adversos causados por la emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19 en los términos que este establezca;

[...]

contagio sería equivalente a 13.097 casos en el país, en consecuencia y por estas razones el sistema requiere un apoyo fiscal urgente;

⁴¹ Que las medidas que debe adoptar el Gobierno Nacional para conjurar esta crisis y evitar la extensión de sus efectos se requieren (sic) aplicar inmediatamente ante la inminencia de que los hechos cada día sean más complejos y afecten a un mayor número de habitantes del territorio nacional, pero además para atender oportunamente a los afectados tanto en materia sanitaria como económica (sic). [...] Que por las anteriores motivaciones y ante la insuficiencia de atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales para hacer frente a las circunstancias imprevistas y detonantes de la crisis económica y social generada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19, se hace necesario adoptar medidas extraordinarias que permitan conjurar los efectos de la crisis en la que está la totalidad del territorio nacional, en particular, aquellas que permitan acudir a mecanismos de apoyo al sector salud, y mitigar los efectos económicos que está enfrentando el país.

Que con el propósito de generar mecanismos ágiles que permitan atender eficientemente las necesidades de la población, afectada por la emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19, se autoriza al Gobierno nacional a acudir al procedimiento de contratación directa siguiendo los principios de transparencia y legalidad, de tal forma que la entidades competentes de los sectores de salud, prosperidad social, educación, defensa y todos aquellos sectores que requieran para prestar atención a la población afectada, adquieran el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del nuevo coronavirus COVID-19;
[...]

Que con el fin de dar aplicación a las medidas adoptadas se autoriza al Gobierno nacional para efectuar las operaciones presupuestales necesarias.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Decreto Legislativo 417 de 2020 autorizó al Gobierno Nacional para adoptar las medidas requeridas para enfrentar la crisis generada por la COVID-19. Con este objetivo, dispuso la adopción de los decretos legislativos y la realización de las correspondientes operaciones presupuestales. Así, los artículos 2º y 3º establecieron:

Artículo 2º. El Gobierno nacional, ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 de la Constitución Política, el artículo 1º del presente decreto y las demás disposiciones que requiera para conjurar la crisis.

Artículo 3º. El Gobierno nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo.

Luego del Decreto Legislativo 417 de 2020, el Gobierno declaró nuevamente la emergencia económica, social y ecológica en el territorio nacional. Lo anterior, a través del Decreto Legislativo 637 de 2000. Esta declaratoria estuvo motivada, tal como ocurrió en la primera oportunidad, en la crisis sanitaria y social derivada de la COVID-19⁴². Con todo, sus medidas estuvieron principalmente dirigidas, en esta

⁴² Que si bien es cierto que en la motivación del decreto 417 de 2020 se hizo un exhaustivo análisis de la gravedad de la situación que ha generado la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19 tanto desde el punto de vista de salud pública, como de los efectos económicos que ello comporta, también lo es que la realidad observada luego de dos meses de estar enfrentando esta situación con todas las herramientas constitucionales y legales -ordinarias y extraordinarias otorgadas en la primera declaratoria de emergencia- los efectos a la fecha han sido mucho más gravosos de lo que inicialmente se podía prever. En efecto, la duración del aislamiento preventivo obligatorio y con ello la disminución significativa de la actividad económica ha generado un crecimiento preocupante en la tasa de desempleo, la cual se origina en el cierre total o parcial de las actividades de las pequeñas, medianas e incluso grandes empresas, debido a la necesidad de limitar el desarrollo de la vida social y productiva. [...] Que por las anteriores motivaciones y ante la insuficiencia de

oportunidad, a hacer frente a las consecuencias económicas negativas provocadas por la pandemia. Así, se buscó la adopción de medidas dirigidas a la protección de los empleos, la protección de las empresas y la prestación de los distintos servicios para los habitantes del territorio colombiano.

Por último, la Sala desea destacar las cifras actuales sobre la situación de la pandemia en Colombia. Así, de acuerdo con las cifras oficiales del Ministerio de Salud, al 12 de septiembre de 2020, el país sumaba 708.964 casos confirmados de personas contagiadas de COVID-19. Adicionalmente, habían fallecido 22.734 personas por la enfermedad⁴³. Por su parte, en lo que respecta al nivel de ocupación de unidades de cuidados intensivos, en el caso de ciudades como Bogotá, se alcanzaron niveles superiores al 90%⁴⁴.

Ahora bien, analizado el régimen constitucional y legal aplicable al sistema general de seguridad social en salud, y para resolver los problemas jurídicos expuestos en el numeral III de este dictamen, la Sala procederá a estudiar si la destinación, en primer lugar, de los recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME) y en segundo lugar, de los recursos ordinarios de la salud, estarían cobijados por la exclusión consignada en el literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015, que impide su utilización para servicios y tecnologías que se encuentren en fase de experimentación.

atribuciones ordinarias y extraordinarias dispuestas en el Decreto 417 de 2020, con las que cuentan las autoridades estatales para hacer frente a las circunstancias imprevistas y detonantes de la crisis económica, social y de salud generada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19, se hace necesario adoptar medidas extraordinarias adicionales que permitan conjurar los efectos de la crisis en la que está la totalidad del territorio nacional. Que la adopción de medidas de rango legislativo -decretos legislativos-, autorizada por el Estado de Emergencia, busca fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, mediante la protección a los empleos, la protección de las empresas y la prestación de los distintos servicios para los habitantes del territorio colombiano, así como la mitigación y prevención del impacto negativo en la economía del país. [...] Que en mérito de lo expuesto, **DECRETA: Artículo 1.** Declárese el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de este decreto. **Artículo 2.** El Gobierno Nacional, ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 de la Constitución Política, el artículo 1 del presente decreto y las demás disposiciones que requiera para conjurar la crisis. **Artículo 3.** El Gobierno Nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá de las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo. Decreto Legislativo 637 de 2000.

⁴³ Ministerio de Salud y Protección Social. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PET/Paginas/Covid-19_copia.aspx. Consultado el día 12 de septiembre de 2020.

⁴⁴ Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Saludata. Disponible en: <http://saludata.saludcapital.gov.co/osb/index.php/datos-de-salud/enfermedades-trasmisibles/ocupacion-ucis/>. Consultado el día 12 de septiembre de 2020.

E. El Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME)

E.1. Justificación del fondo

A través del Decreto Legislativo 444 de 2020, el Gobierno Nacional creó el Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME), como un fondo cuenta, y dictó otras disposiciones en materia de recursos para enfrentar la emergencia de la COVID-19⁴⁵.

Para la expedición del decreto, se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones:

- i) Para fortalecer el servicio de salud y contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social provocada por la COVID-19, es necesario contar con recursos adicionales a los ordinarios, que puedan ejecutarse de manera ágil e inmediata. Estos recursos deben obtenerse de una manera que no afecte el balance del Gobierno Nacional central⁴⁶.
- ii) En línea con lo anterior, se requiere aprobar créditos adicionales y realizar traslados, distribuciones, modificaciones y derogaciones al Presupuesto General de la Nación⁴⁷.
- iii) Asimismo, la situación actual exige al Gobierno Nacional adoptar una estrategia para enfrentar los efectos de la emergencia en las fuentes de liquidez ordinarias de la Nación⁴⁸.

⁴⁵ Además del FOME, el Decreto 444 de 2020 contiene normas relativas al Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE, el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales —FONPET y Fondo de Riesgos Laborales. Estas disposiciones buscan que el FOME obtenga recursos de los señalados fondos (artículos 1º a 14A).

⁴⁶ Que, como resultado de los hechos que dieron lugar a la declaratoria de Emergencia, es previsible que se requiera contar con recursos adicionales a los disponibles a través de los mecanismos ordinarios, que puedan ejecutarse de forma ágil e inmediata, con el fin de destinarlos exclusivamente a implementar medidas, dirigidas entre otros, a fortalecer el sistema de salud para garantizar las condiciones necesarias de atención y prevención en el marco de la rápida propagación del nuevo coronavirus COVID-19, así como a contrarrestar la afectación de la estabilidad económica y social que ello conlleva, en el marco de la coyuntura que actualmente experimenta el país. [...] Que, en todo caso, se debe procurar que los recursos adicionales que se destinen a enfrentar las mayores necesidades sociales y económicas ocasionadas por la Emergencia decretada se obtengan de forma que no se afecte el balance del Gobierno Nacional central.

⁴⁷ Que para efectos de concretar las medidas que se requieren para aliviar las consecuencias económicas y sociales de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia mediante la expedición del Decreto 417 de 2020, se hace necesario aprobar créditos adicionales y realizar traslados, distribuciones, modificaciones y desagregaciones al Presupuesto General de la Nación, en el marco de las facultades otorgadas al Gobierno nacional mediante el artículo 83 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, los artículos 46 y 47 de la Ley 137 de 1994, el artículo 18 de la Ley 2008 de 2019 y el artículo 3 del Decreto 417 de 2020.

E.2. Características del FOME

A la luz de las disposiciones del Decreto Legislativo 444 de 2020 y la Sentencia C-194 del mismo año, son características del FOME las siguientes:

- i) Tiene como propósito conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos de la emergencia de la COVID-19⁴⁹.
- ii) Las normas relativas a su creación, administración y liquidación son indispensables para lograr los fines del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado a través del Decreto Legislativo 417 de 2020. Lo anterior, teniendo en cuenta que no existen mecanismos ordinarios suficientes y adecuados para alcanzar los objetivos perseguidos con la medida⁵⁰.
- iii) Constituye una medida adecuada para asegurar la administración eficiente de los recursos durante situaciones excepcionales como la actual⁵¹.
- iv) Sus recursos están sujetos al control fiscal de la Contraloría General de la República⁵².

⁴⁸ Que en virtud de los efectos que la emergencia pueda tener en las fuentes de liquidez ordinarias de la Nación, como lo sería una reducción en el recaudo de impuestos o en la disponibilidad de recursos en el Sistema Financiero, es necesario adoptar una estrategia global a nivel del Gobierno Nacional central para atender estas circunstancias.

⁴⁹ En estos términos, la creación de este fondo es una medida adecuada que está directamente dirigida a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de julio de 2020, C-194/20.

⁵⁰ Los artículos 1, 2, 3 (par.), 4 (par.), 6, 7 y 17, del Decreto Legislativo 444 de 2020 satisfacen el juicio de necesidad. En efecto, la regulación dispuesta por dichos artículos sobre la creación, la administración y la liquidación del FOME es indispensable para lograr los fines del estado de emergencia declarado mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020 y, por tanto, satisface los criterios de necesidad *fáctica y jurídica* . El primero, en atención a que las medidas adoptadas en los referidos artículos permiten contribuir a la superación de la emergencia y, de esta forma, no se advierte error de apreciación del Presidente de la República y de los ministros del despacho al respecto. El segundo, porque el Gobierno Nacional demostró la inexistencia de mecanismos ordinarios que fueran suficientes y adecuados para lograr los objetivos de la medida excepcional. [...] El Gobierno no contaba con medios ordinarios para crear un fondo-cuenta, con el fin de administrar los recursos necesarios para conjurar la crisis. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de julio de 2020, C-194/20.

⁵¹ En tales términos, la Corte advierte que la creación de este tipo de fondos resulta una medida adecuada para garantizar una administración eficiente de los recursos durante los estados de excepción. Por lo demás, la creación del FOME está justificada, a su vez, en la insuficiencia de las instituciones ordinarias para conjurar la crisis. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de julio de 2020, C-194/20.

⁵² Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el artículo 4 del Decreto Legislativo *sub examine* no desconoce la Constitución Política, por cuanto no prevé un «*mecanismo de control fiscal especial para vigilar y controlar la eficiente destinación de los recursos*». Esto es así, porque, pese a que dicha disposición no lo prevea expresamente, la Contraloría General de la República ejerce control fiscal amplio, integral, posterior y selectivo, así como previo y concomitante, respecto de los fondos especiales creados por el Legislador

v) Su naturaleza jurídica corresponde a la de un fondo cuenta sin personería jurídica⁵³.

vi) Tiene como propósito atender las necesidades en materia de salud y las afectaciones a la actividad productiva derivadas de la COVID-19. Así, el artículo 2º del Decreto Legislativo 444 de 2020 establece:

El FOME tendrá por objeto atender las necesidades de recursos para la atención en salud, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento, en el marco del Decreto 417 de 2020 [Subraya la Sala].

Asimismo, el artículo 4 dispone:

Los recursos del FOME se podrán usar para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020, en particular para:

1. Atender las necesidades adicionales de recursos que se generen por parte de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación.
2. Pagar los costos generados por la ejecución de los instrumentos y/o contratos celebrados para el cumplimiento del objeto del FOME.
3. Efectuar operaciones de apoyo de liquidez transitoria al sector financiero a través de transferencia temporal de valores, depósitos a plazo, entre otras.
4. Invertir en instrumentos de capital o deuda emitidos por empresas privadas, públicas o mixtas que desarrollen actividades de interés nacional, incluyendo acciones con condiciones especiales de participación, dividendos y/o recompra, entre otras.
5. Proveer directamente financiamiento a empresas privadas, públicas o mixtas que desarrollen actividades de interés nacional.
6. Proveer liquidez a la Nación, únicamente en aquellos eventos en los que los efectos de la emergencia se extiendan a las fuentes de liquidez ordinarias.

Parágrafo. Para la correcta administración de los recursos, las decisiones sobre los recursos del FOME deberán ser evaluadas de forma conjunta y en contexto con su objeto, no por el desempeño de una operación individual sino como parte de una política integral de solventar las necesidades sociales y económicas ocasionadas por la situación de la que trata el Decreto 417 de 2020. Por tanto, se podrán efectuar operaciones aun cuando al momento de

extraordinario en el marco de los estados de excepción. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de julio de 2020, C-194/20.

⁵³ Créase el Fondo de Mitigación de Emergencias -FOME, como un fondo cuenta sin personería jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto Legislativo 444 de 2020, artículo 1º.

su realización se esperen resultados financieros adversos, o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos.

[Subraya la Sala]

Nótese cómo el parágrafo del artículo 4° señala que con los recursos del fondo se pueden efectuar operaciones aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos.

En relación con la destinación de los recursos del FOME, también debe hacerse especial mención al artículo 16 del Decreto Legislativo 444 de 2020, disposición que consagra de manera expresa que dichos recursos deben «destinarse exclusivamente para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020».

vii) Los recursos del fondo provienen de: a) el Fondo de Ahorro y Estabilización (FAE), b) el Fondo de Pensiones Territoriales (FONPET), c) el Fondo de Riesgos Laborales, d) los recursos asignados en el Presupuesto General de la Nación, y e) los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos (artículo 3°)⁵⁴.

viii) La administración del fondo está a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En el cumplimiento de esta tarea el Ministerio debe atender los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política (artículo 6)⁵⁵.

ix) Los procesos de contratación para la ejecución de los recursos están sometidos al derecho privado (artículo 6).

x) Los recursos del FOME se presupuestarán en la Sección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con miras a ser distribuidos a las entidades que integran el Presupuesto General de la Nación (artículo 16)⁵⁶.

⁵⁴ **ARTÍCULO 3. Recursos.** Los recursos del FOME provendrán de las siguientes fuentes: 1. Los recursos provenientes del Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE, en los términos señalados en el presente decreto legislativo. 2. Los recursos provenientes del Fondo de Pensiones Territoriales -FONPET, en los términos señalados en el presente decreto legislativo. 3. Los recursos asignados en el Presupuesto General de la Nación. 4. Los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos. 5. Los demás que determine el Gobierno Nacional. 6. Los recursos provenientes del Fondo de Riesgos Laborales, en los términos señalados en el presente Decreto Legislativo. (Numeral 6, adicionado por el Art. 2 del Decreto 552 de 2020).

⁵⁵ **Administración del Fondo.** El Ministerio de Hacienda y Crédito Público administrará el FOME, con plena observancia de los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución Política y de forma independiente a los demás fondos y recursos administrados por el mismo. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público adelantará los trámites contractuales, contables, presupuestales y demás propios de la administración del Fondo, a través de sus dependencias competentes. Los procesos de contratación que se realicen en la ejecución de estos recursos se regirán por el derecho privado.

xi) Finalmente, en lo que corresponde a la liquidación del fondo, el artículo 17 consagra:

Liquidación del FOME. Cumplido el propósito del FOME, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá liquidarlo siempre que se encuentre a paz y salvo con sus obligaciones. Los saldos se reintegrarán a la Nación — Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Parágrafo. Para efectos de la liquidación del FOME, la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá contratar a las entidades correspondientes de acuerdo con la naturaleza de los activos.

De esta manera, el FOME constituye un instrumento esencial para enfrentar la pandemia de la COVID-19, pues permite atender de manera ágil y eficaz, bajo las normas de contratación de derecho privado, las necesidades de recursos para la atención en salud, inclusive cuando de estas últimas puedan derivarse resultados financieros adversos.

E.3 La jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los decretos legislativos de declaratoria de la emergencia económica y de la creación del FOME

En ejercicio de las funciones que le fueron otorgadas por el artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha venido analizando la exequibilidad de los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional, con ocasión de la emergencia provocada por la COVID-19. De la revisión de dichas decisiones es posible extraer importantes conclusiones frente a las facultades del Ejecutivo para enfrentar la crisis actual.

Así, en la Sentencia C-145 de 2020, por medio de la cual se estudió la constitucionalidad del Decreto Legislativo 417 de 2020⁵⁷, la Corte señaló que la COVID-19 ha sido la emergencia sanitaria de mayor proporción que ha tenido que enfrentar el Estado bajo la Constitución de 1991. Por lo anterior, resulta razonable que el Ejecutivo goce de un mayor margen de maniobra para adoptar las medidas

⁵⁶ **Incorporación de recursos al Presupuesto General de la Nación.** Los recursos del FOME se presupuestarán en la sección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para ser distribuidos a las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación. Dichos recursos deberán destinarse exclusivamente para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020. **Parágrafo.** Los ordenadores del gasto de las entidades a las cuales se les asigne las distribuciones presupuestales serán responsables por la veracidad de la información que suministren al Ministerio de Hacienda y Crédito Público con respecto a la necesidad de los recursos para atender la Emergencia Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 de 2020.

⁵⁷ Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional.

necesarias que le permitan al país regresar lo más pronto posible a la normalidad⁵⁸. En este sentido, se indicó:

Y por ello, valga la reiteración, la Corte en esta ocasión sobre los decretos legislativos o de desarrollo de la EES, ejercerá el control constitucional que le corresponde, con una amplia flexibilidad, pues la magnitud de esta crisis no tiene antecedentes en los tiempos recientes, de allí que el escrutinio que haga este Tribunal tendrá en cuenta la amplia capacidad de acción que acompaña al señor Presidente de la República, de cara a los remedios que estime necesarios para conjurar la crisis, en tanto y cuanto estos guarden la razonable conexidad con los hechos que motivaron la declaratoria del EEES. [Subraya la Sala].

En la misma decisión, el tribunal constitucional destacó que la COVID-19 es una emergencia de salud pública de relevancia internacional, que pone en riesgo la salud, la vida y la seguridad de las personas⁵⁹. Dentro de este marco, las medidas legislativas deben encaminarse a superar la crisis e impedir la ampliación de sus efectos⁶⁰.

Igualmente, la Corte Constitucional destacó que con el propósito de que los ciudadanos puedan disfrutar de una vida digna y saludable mientras se enfrentan las graves dificultades derivadas de la COVID-19, es necesario que las autoridades dispongan de herramientas que les permitan responder de manera oportuna y eficaz, teniendo en cuenta que los instrumentos que consagra el ordenamiento jurídico en condiciones de normalidad no resultan suficientes y

⁵⁸ Advertido que ese escrutinio judicial ha sido siempre riguroso, esta vez la Corte quiere poner en evidencia que, en los 28 años de vigencia de la actual Carta Política, no se había presentado una crisis de las proporciones que ahora materializa la pandemia de la COVID-19, y por tanto ello obliga el aplicar un nivel de intensidad que entienda tan especiales vicisitudes y particularidades. Habrá de ser un juicio atenuado, en todo caso distinto, que de una manera más adecuada, oportuna y eficaz valore las circunstancias reales que propiciaron la declaratoria de esta emergencia.

Los sucesos que exponen de manera más evidente al país a una grave calamidad sanitaria y que materializan de un modo claro perturbaciones y amenazas al orden económico, social y ecológico, pueden aparejar para el ejecutivo un mayor margen de apreciación para declarar el estado de emergencia, pero además para la escogencia de los remedios y soluciones que permitan una vuelta pronta a la normalidad.

⁵⁹ [N]o cabe duda de que las dimensiones de la calamidad pública sanitaria y sus efectos en el orden económico y social son devastadoras, al producir perturbaciones o amenazas en forma grave e inminente que impactan de manera traumática y negativamente en la protección efectiva de los derechos constitucionales de millones de personas. Ello se verifica con el volumen de infectados y personas fallecidas, la virtualidad de poner en serio peligro los derechos constitucionales al desconocerse aún la cura de la COVID-19, además de las grandes repercusiones económicas y sociales al desequilibrar intensamente la sostenibilidad individual, de los hogares y de las empresas, así como las finanzas del Estado.

⁶⁰ Así las cosas, ante una declaratoria de emergencia económica y social por grave calamidad pública, visto el contexto del decreto y a partir de una interpretación armónica y coherente, las medidas de desarrollo legislativo deben estar guiadas necesariamente por la finalidad de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

carecen de la inmediatez requerida para superar las perturbaciones actuales. Así, la Corte indicó:

Para que los ciudadanos puedan gozar de condiciones de vida digna y saludables frente al nuevo coronavirus y se puedan atender las consecuencias nocivos sobre el orden económico y social producido, es imperativo contar con herramientas extraordinarias que permitan responder con oportunidad y eficacia, pues las que dispone el ordenamiento jurídico en condiciones de normalidad institucional no resultan suficientes y carecen de la inmediatez requerida para conjurar tan diversas perturbaciones al orden nacional⁶¹ [Subraya la Sala].

En términos similares, se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-194 de 2020, por medio de la cual analizó el Decreto Legislativo 444 del mismo año. En esta decisión, la Corte destacó la ausencia de mecanismos ordinarios suficientes y adecuados para enfrentar la emergencia de la COVID-19⁶²:

En tales términos, la Corte advierte que la creación de este tipo de fondos resulta una medida adecuada para garantizar una administración eficiente de los recursos durante los estados de excepción. Por lo demás, la creación del FOME está justificada, a su vez, en la insuficiencia de las instituciones ordinarias para conjurar la crisis [Subraya la Sala].

La jurisprudencia constitucional también ha señalado que la protección de la salud, la vida y la seguridad de los habitantes del territorio nacional demanda la adquisición de bienes y servicios para hacer frente de manera inmediata a la crisis de salubridad pública actual. Para lograr este objetivo, es fundamental que: i) el sistema de salud cuente con mayores recursos, independientemente de la fuente de financiación y ii) se flexibilicen los trámites, requisitos y procesos de contratación. Así, la Corte concluyó:

117. En primer lugar, el Gobierno debe proteger la salud, vida y seguridad de los habitantes del territorio nacional, siendo necesario aminorar la propagación del virus, mantener los servicios esenciales y evitar el colapso del sistema de salud, para lo cual se debe proveer bienes y servicios para afrontar con inmediatez y eficacia la crisis generada, que implica partir del *fortalecimiento de la infraestructura sanitaria*.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia del 20 de mayo de 2020, C-145/20.

⁶² En efecto, la regulación dispuesta por dichos artículos sobre la creación, la administración y la liquidación del FOME es indispensable para lograr los fines del estado de emergencia declarado mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020 y, por tanto, satisface los criterios de necesidad *fáctica y jurídica* . El primero, en atención a que las medidas adoptadas en los referidos artículos permiten contribuir a la superación de la emergencia y, de esta forma, no se advierte error de apreciación del Presidente de la República y de los ministros del despacho al respecto. El segundo, porque el Gobierno Nacional demostró la inexistencia de mecanismos ordinarios que fueran suficientes y adecuados para lograr los objetivos de la medida excepcional.

118. Ello se traduce en la necesidad de contar con mayores recursos para el sistema de salud con independencia de la fuente de financiación, además de hacerse indispensable la modificación de diferentes aspectos de la hacienda pública (presupuestal, crédito público y tributario). Así mismo, impone brindar ayuda a la población vulnerable, proteger el empleo, garantizar la seguridad integral, mantener el ingreso y el sustento, y conservar la sostenibilidad del tejido empresarial. Por último, surge la necesidad de medidas de flexibilización de trámites, requisitos y procesos de contratación en los ámbitos nacional y territorial [Subraya la Sala].

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-163 de 2020, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 499 de 2020, consideró razonables los argumentos del Gobierno Nacional para justificar la adopción de acciones dirigidas a enfrentar la agresiva competencia económica existente para la adquisición de dispositivos médicos y equipos de protección personal, situación que requiere de mecanismos eficientes y flexibles para la compra de dichos productos y la celebración de los correspondientes contratos.

Por su importancia para responder los interrogantes de la consulta, se destacan las siguientes consideraciones de la Corte:

En lo que respecta al **juicio de motivación suficiente** la Sala evidencia que los considerandos del Decreto buscan demostrar una idea específica, consistente en que la pandemia generó una modificación profunda del modelo de competencia económica en la adquisición de los dispositivos médicos y EPP. Este cambio implica (i) la configuración de una demanda inelástica, en donde las variaciones del precio y condiciones de adquisición no alteran la demanda, la cual se mantiene en virtud del carácter vital de los bienes requeridos; y (ii) la correlativa necesidad de contar con mecanismos particularmente eficientes para la compra de los productos.

Estas razones vienen a ser ampliadas por las pruebas requeridas por la Corte, las cuales señalan que se está ante una «competencia agresiva», en la cual las compañías internacionales que producen y distribuyen los bienes mencionados, en virtud de la limitación de disponibilidad, prefieren contratar con aquellos Estados que les otorguen mejores condiciones. A su turno, la escasez de los bienes hace que los precios se incrementen rápidamente, lo que implica la imperiosa necesidad de finiquitar los contratos respectivos con la mayor celeridad posible.

[...]

En el presente asunto, la Corte considera que no existe un error manifiesto en la valoración hecha por el Presidente, en el sentido de flexibilizar las normas de contratación para la compra de dispositivos médicos y EEP ante el escenario de competencia agresiva antes mencionado [Subraya la Sala].

De manera adicional, la Corte indicó:

El Decreto 499 de 2020 es compatible con la Constitución, puesto que la adquisición, bajo criterios reforzados de celeridad y eficacia, de los dispositivos médicos y EPP descritos en esa norma, tiene carácter imperioso en la atención en salud y, de una manera más general, la protección de las personas que tienen riesgo de contagio del Covid-19. Esa adquisición, en el marco actual de competencia económica de dichos bienes, requiere de la flexibilización de los requisitos para la contratación estatal, puesto que incluso las fórmulas de contratación directa, previstas en la legislación ordinaria, resultan insuficientes para lograr la efectiva adquisición de los citados bienes [Subraya la Sala].

De los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, se desprende que:

- i) La COVID-19 es la emergencia sanitaria más importante que ha tenido que enfrentar el Estado bajo la Constitución de 1991.
- ii) Para superarla, resultan insuficientes los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece.
- iii) Por consiguiente, resulta esencial que el Ejecutivo goce de la suficiente flexibilidad y adecuada capacidad de acción para controlar los graves efectos que la enfermedad produce, tanto en la salud como la vida social y económica del país.
- iv) En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta la agresiva competencia mundial que se presenta para adquirir los bienes y servicios necesarios para superar la emergencia sanitaria, resulta fundamental que las autoridades competentes cuenten con mecanismos que permitan su rápida y eficiente adquisición.
- v) Es necesario contar con mayores recursos para el sistema de salud con independencia de la fuente de financiación, además de hacerse indispensable la modificación de diferentes aspectos de la hacienda pública.
- vi) Teniendo en cuenta que se está ante una «competencia agresiva», en la cual las compañías internacionales que producen y distribuyen los bienes requeridos para conjurar la crisis, en virtud de la limitación de su disponibilidad, prefieren contratar con Estados que les otorgan las mejores condiciones, se plantea la imperiosa necesidad de finiquitar los contratos respectivos con la mayor celeridad posible.

De esta suerte, resulta válido afirmar que la lucha contra la COVID-19 requiere que las autoridades públicas dispongan de herramientas extraordinarias, suficientes y adecuadas, que le permitan superar al país lo más pronto posible y de manera eficaz, los graves problemas que el citado virus ha generado. De allí, que tenga justificación el otorgamiento de nuevas facultades a las autoridades, así como la adopción de instrumentos para la ejecución de la actividad estatal.

Adicionalmente, la aparición de la COVID-19 hace necesaria una reinterpretación del ordenamiento jurídico, con miras a que su implementación resulte eficaz para enfrentar una situación tan excepcionalísima como lo es la pandemia actual.

E.4. La destinación de los recursos del FOME para la obtención y distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19

Para la obtención y distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19, la cual se encuentra en la actualidad en fase de investigación y desarrollo, debe acudirse a los recursos que integran el FOME. A esta conclusión es posible arribar teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

El FOME fue creado con el propósito de satisfacer, entre otras, las necesidades de recursos para la atención en salud, en el marco de la emergencia producida por la COVID-19. En desarrollo de lo anterior, los artículos 2º y 16 del Decreto Legislativo 444 de 2020 limitan de manera expresa el uso de los recursos del fondo a las actividades requeridas para conjurar o impedir la extensión de los efectos de la crisis en el territorio nacional.

Asimismo, el fondo fue concebido como un instrumento dirigido a permitir la ejecución ágil e inmediata de los recursos destinados a enfrentar la COVID-19. De allí que los procesos para su ejecución se encuentren sometidos al derecho privado.

La obtención y distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19 constituye un paso esencial para que el país pueda superar la grave crisis sanitaria, social y económica provocada por la pandemia. Dentro de este marco, es urgente asegurar a la mayor brevedad posible, en términos del ministerio consultante, «un puesto en la fila» para obtener y distribuir la vacuna. Ante esta necesidad, el FOME es el mecanismo concebido para realizar la respectiva contratación de manera ágil e inmediata.

Adicionalmente, deben utilizarse los recursos del FOME para la obtención y distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19, pues por expresa autorización del párrafo del artículo 4º del Decreto Legislativo 444 de 2020, los recursos del fondo pueden utilizarse en operaciones que pueden dar lugar a resultados financieros adversos o negativos⁶³. Esta situación puede justamente presentarse en el caso objeto de estudio, pues existe la posibilidad de que los recursos que se trasladen para asegurar la adquisición de la vacuna se pierdan, en caso de que sus resultados terminen siendo negativos.

⁶³ Decreto Legislativo 444 de 2020, párrafo del artículo 4º.

Para terminar, resulta importante señalar que a través del oficio número 202011201396291 del 8 de septiembre de 2020, el Ministerio consultante comunicó a la Sala de Consulta y Servicio Civil lo siguiente:

[D]e acuerdo con lo manifestado a este despacho por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los programas objeto de la consulta serían financiados con recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME), asignados en el Presupuesto General de la Nación (PGN), conforme con lo establecido en el numeral 3º del Decreto Legislativo 444 de 2020.

De esta suerte, el análisis realizado por la Sala es concordante con lo manifestado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

E.5. El no sometimiento de los recursos del FOME a la restricción del literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015

Ahora bien, una vez se ha determinado la pertinencia del FOME como el instrumento para obtener y distribuir oportunamente la vacuna de la COVID-19 es necesario establecer si la utilización de los recursos del fondo se encuentra sometida a la restricción del literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

A juicio de la Sala, la respuesta a este interrogante es negativa, por las siguientes razones:

i) El FOME no se nutre con los recursos ordinariamente asignados a la salud. Como se mencionó, el fondo obtiene sus recursos de las fuentes señaladas en el artículo 3º del Decreto 444 de 2020, disposición que establece:

Los recursos del FOME provendrán de las siguientes fuentes:

1. Los recursos provenientes del Fondo de Ahorro y Estabilización -FAE, en los términos señalados en el presente decreto legislativo.
2. Los recursos provenientes del Fondo de Pensiones Territoriales -FONPET, en los términos señalados en el presente decreto legislativo.
3. Los recursos asignados en el Presupuesto General de la Nación.
4. Los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos.
5. Los demás que determine el Gobierno nacional.
6. Los recursos provenientes del Fondo de Riesgos Laborales, en los términos señalados en el presente Decreto Legislativo.

PARÁGRAFO. Los recursos del FOME serán administrados por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en un portafolio independiente, con el propósito de garantizar su disponibilidad. Los rendimientos financieros que se generen por la administración de este portafolio, serán recursos del FOME en los términos del numeral 4 de este artículo.

La no conformación del FOME con recursos ordinariamente asignados a la salud, lo corrobora el hecho de que la administración del fondo no la adelanta alguno de los órganos encargados de la administración y financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁶⁴, sino el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal como expresamente lo ordena el parágrafo del referido artículo 3°. Adicionalmente, dentro del Presupuesto General de la Nación, por expreso mandato del artículo 16 del Decreto Legislativo 444 de 2020, los recursos del FOME se deben incluir en la sección correspondiente al citado ministerio. Así, el artículo 16 señala:

ARTÍCULO 16. Incorporación de recursos al Presupuesto General de la Nación. Los recursos del FOME se presupuestarán en la sección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para ser distribuidos a las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación. Dichos recursos deberán destinarse exclusivamente para conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos en el territorio nacional, en el marco del Decreto 417 de 2020.

ii) El Decreto Legislativo 444 de 2020, por medio del cual se creó el FOME, fue expedido como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica efectuada a través del Decreto Legislativo 417 de 2020.

Por lo tanto, mal podría entenderse que los recursos del FOME, el cual fue creado para conjurar la grave situación ocasionada por la pandemia, con fundamento en

⁶⁴ INTEGRANTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por: 1. Organismos de Dirección, Vigilancia y Control: a) Los Ministerios de Salud y Trabajo; b) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; c) La Superintendencia Nacional en Salud; 2. Los Organismos de administración y financiación: a) Las Entidades Promotoras de Salud; b) Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud; El Fondo de Solidaridad y Garantía. [hoy Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)]; 3. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas. 4. Las demás entidades de salud que, al entrar en vigencia la presente Ley, estén adscritas a los Ministerios de Salud y Trabajo. 5. Los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados. 6. Los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades. 7. Los Comités de Participación Comunitaria "COPACOS" creados por la Ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud. 8. <Numeral adicionado por el artículo 243 de la Ley 1955 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Operadores logísticos de tecnologías en salud y gestores farmacéuticos. (Subraya la Sala). Ley 100 de 1993, artículo 155.

un Derecho Legislativo expedido en desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica, pudiera ser analizado a la luz de las exclusiones consagradas en el literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015.

iii) Los recursos del fondo no están destinados exclusivamente a satisfacer necesidades en salud, pues también pueden ser utilizados para hacer frente a «los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento».

iv) Asimismo, el fondo busca facilitar la ejecución ágil y eficiente de los recursos destinados para enfrentar la pandemia de la COVID-19. Lo anterior, como consecuencia de la ausencia de mecanismos ordinarios, suficientes y adecuados para alcanzar los objetivos perseguidos con la medida de declaratoria de emergencia.

v) Finalmente, el Decreto 444 de 2020 no hace referencia a la Ley 1751 de 2015.

Corolario de lo anterior, se encuentra que el Decreto Legislativo 444 de 2020 mal podría haber hecho referencia a la Ley Estatutaria de Salud y a sus exclusiones, pues, se reitera, su objeto, contenido y finalidad es sustancialmente distinto a los que motivaron el régimen de exclusiones y, por ende, escapan a la órbita de su competencia.

Por lo tanto, en atención al origen y administración de los recursos que lo integran, el carácter especial y excepcional del fondo y su finalidad multipropósito, es claro que los recursos del FOME escapan de la órbita de la Ley 1751 de 2015, y por tanto, de la restricción impuesta en literal e) del artículo 15.

En consecuencia, la obtención y distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19 puede realizarse con recursos del FOME, sin que en este caso dichos recursos se encuentren sometidos a la señalada restricción.

Finalmente, la Sala considera importante señalar que, aunque el FOME tenga una finalidad múltiple, en virtud de alcance limitado de sus recursos y la importancia mayúscula que tiene para el país acceder a una vacuna contra la COVID-19, en la definición de la destinación final de los señalados recursos, la adquisición de la referida vacuna debe ocupar una posición prevalente o superior.

Analizado que los recursos del FOME no podían entenderse cobijados por el régimen de exclusión de la Ley Estatutaria de Salud, resta ahora determinar si los recursos ordinarios asignados a la salud podrían destinarse para las inversiones y finalidades relacionadas con la obtención de la vacuna COVID-19 y su distribución oportuna.

F. Los recursos ordinarios asignados a la salud y su destinación para obtener la vacuna contra la COVID-19 y su distribución oportuna. La no aplicación de la restricción del literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015

Para examinar este tema es menester analizar la sentencia que declaró la constitucionalidad del literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015.

En la Sentencia C-313 de 2014, la Corte llevó a cabo el control previo de constitucionalidad que prescribe el artículo 153 superior, para el caso particular de las leyes estatutarias. En dicha ocasión, el tribunal enjuició la iniciativa que concluiría luego en la promulgación de la Ley 1751 de 2015. De especial interés para la solución del caso concreto resultan las consideraciones que el tribunal dedicó al examen del artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud.

En primer lugar, la Corte advirtió que la norma en cuestión establece limitaciones al derecho fundamental a la salud. Tales restricciones deben ser entendidas dentro del nuevo marco de acceso a los servicios, prestaciones y tecnologías del Plan Obligatorio de Salud. Según se dijo antes, el artículo octavo de la ley estatutaria introdujo un drástico replanteamiento del sistema de inclusiones y exclusiones del POS. Con la entrada en vigor del nuevo régimen, se entiende que la regla general es la inclusión de los procedimientos, medicamentos y servicios en el plan. De tal suerte, la exclusión de tales prestaciones, que constituye la excepción, debe ser decidida de manera expresa por el Ministerio de Salud y Protección Social, en un proceso técnico, participativo y democrático. Sobre este asunto, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas.

Dentro de este contexto, el artículo 15 de la ley estatutaria establece las causales taxativas con fundamento en las cuales es posible excluir un servicio o tecnología del Plan Obligatorio de Salud. El establecimiento de estas causales, en la medida en que estas constituyen restricciones razonables y proporcionales del servicio, no implica *per se* una violación del derecho fundamental a la salud. Por el contrario, según indicó la Corte, dichas causales procuran asegurar el más eficiente

aprovechamiento de los limitados recursos del sistema de seguridad social, sin que ello acarree la violación del derecho al «más alto nivel posible de salud».

Antes de examinar la constitucionalidad de cada una de las causales, el tribunal reiteró su jurisprudencia sobre la posibilidad de establecer excepciones a las reglas generales de exclusión de servicios y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud. Con fundamento en la consolidada línea jurisprudencial que inició en la Sentencia SU-480 de 1997, recalcó que la sostenibilidad fiscal del sistema debe hacerse compatible con el imperativo de garantizar, de manera efectiva, el goce del derecho a la salud. Subrayó, entonces, que si bien la economía nacional enfrenta limitaciones insoslayables, estas no pueden convertirse en un argumento que autorice la negación de servicios necesarios, cuando estos han sido debidamente prescritos por un médico tratante y no puedan ser pagados con cargo a los recursos de los usuarios del sistema de salud.

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte examinó la constitucionalidad del literal e) del artículo 15 de la ley estatutaria, en virtud del cual los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías «que se encuentren en fase de experimentación». De entrada, el tribunal manifestó que, «[a]l igual que los criterios precedentemente considerados, *este tampoco tiene un carácter absoluto* y por ende no está exento de su inaplicación». Para dar sustento a esta afirmación, recordó la jurisprudencia que ha permitido la inaplicación de la prohibición que restringe la prestación de servicios y tratamientos de carácter experimental. Esta postura había sido expresada por la Sala Séptima de Revisión en la Sentencia T-1330 de 2005, providencia en que manifestó que «[e]n determinados eventos la prohibición absoluta del financiamiento de actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e intervenciones experimentales con recursos provenientes del sistema *puede resultar desproporcionada y por lo tanto vulneradora del derecho a la salud*».

Estos argumentos llevaron a la Corte a declarar, en los siguientes términos, la constitucionalidad del literal e) del artículo 15 de la ley estatutaria:

Por ende, no se desconoce la Constitución y cabe la exclusión, siempre y cuando no tenga lugar la aplicación de las reglas trazadas por esta Corporación para excepcionar esa restricción del acceso al servicio de salud y, en el caso concreto, no se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento. Consecuentemente y, de conformidad con las precisiones hechas, se declarará la constitucionalidad del mandato evaluado, pues, se trata de un criterio, sujeto a ser inaplicado en los casos y frente las condiciones concretas que la jurisprudencia constitucional ha indicado [Resalta la Sala].

A fin de resolver el problema jurídico planteado en esta oportunidad, la Sala de Consulta debe establecer el alcance de las consideraciones que motivaron la declaración de exequibilidad del literal bajo estudio, a la luz de la coyuntura que ha generado la pandemia del coronavirus. Es preciso determinar si la posibilidad de exceptuar la restricción de los servicios y tratamientos experimentales se encuentra reservada al juez de tutela o si, por el contrario, puede ser adoptada por los actores del sistema de seguridad social, por fuera de dicho proceso judicial.

Para la Sala de Consulta es claro que el proceso de amparo no es el único ámbito en que se puede exceptuar la prohibición en cuestión. La Sentencia T-1330 de 2005, referida por la Corte para dar sustento a sus consideraciones, es un ejemplo de la inaplicación de una norma legal debido a su incongruencia, en el caso concreto, frente a un precepto superior. En esta ocasión, la Sala debe establecer, por fuera de los márgenes del proceso de amparo, si la restricción consignada en el artículo 15 de la ley estatutaria, que pretende racionalizar el uso de los recursos para garantizar un adecuado servicio de salud, puede ser inaplicada debido al impacto que esta tendría sobre el derecho a la salud, dentro del contexto particular creado por la pandemia de la COVID-19.

Para dar respuesta a esta cuestión, conviene anotar la siguiente circunstancia: las acciones de tutela que solicitan la inaplicación de la restricción de tratamientos experimentales suelen reclamar la protección de una única persona. Así ocurrió, para citar un ejemplo, en la Sentencia T-057 de 2015, en la que una persona en «estado vegetativo persistente» solicitó la práctica de un tratamiento de «estimulación espinal epidural cervical». La gravedad de la situación en que se encontraba la accionante llevó al tribunal a amparar sus derechos fundamentales. Esta decisión se basó en el cumplimiento de los requisitos exigibles para este tipo de casos y, muy especialmente, en el hecho de que el tratamiento requerido era, en los términos del médico tratante, «la única alternativa para mejorar la calidad de vida» de la accionante.

La sentencia es una muestra ejemplar del valor incondicional que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno. La inapreciable entidad de la vida de un ser humano es un argumento suficiente para que, sobre la base del cumplimiento de unos ciertos requisitos, la ley modere su rigor y permita el amparo de los derechos. Pues bien, este razonamiento, que se funda en el valor de la vida de una única persona, impone concluir que la misma respuesta debe ser aplicada a aquellos casos, como este, en que la vida de toda una comunidad se encuentra en peligro. Pues, como se ha dicho en precedencia, la pandemia del coronavirus constituye una calamidad pública que amenaza las vidas de todos los colombianos. Por tal motivo, en este caso también se debe concluir, bajo el argumento *a fortiori*, que la restricción resulta desproporcionada y que, por tanto, debe ser inaplicada, de modo que se entienda que las autoridades públicas están facultadas para invertir recursos en la investigación de moléculas en fase de

experimentación o para garantizar una distribución oportuna de una eventual vacuna contra la COVID-19.

De adoptar una postura distinta, la aplicación plena de la restricción establecida en el literal e) del artículo 15 conduciría al irrazonable resultado de prohibir al Estado, de forma absoluta, la inversión de los recursos financieros en cualquier vacuna o procedimiento que pudiera conducir a la cura o a la prevención del virus SARS-CoV-2. Ello se debe a que la totalidad de estos procedimientos, que habrán de ser usados el día de mañana para combatir la COVID-19, se encuentran hoy en fase de experimentación. Se produciría, entonces, una paradoja con un coste humano y social imposible de asumir: la utilización de una norma que pretende garantizar la salud y la vida de los colombianos, mediante la racionalización del uso de los recursos económicos, produciría como resultado la transgresión de los mismos derechos que pretende proteger.

Un resultado semejante resulta inadmisibles a la luz de lo dispuesto en el artículo 5 del texto superior, disposición que proclama la prevalencia de los derechos fundamentales en el orden interno. La norma en cuestión establece lo siguiente: «El Estado reconoce, sin discriminación alguna, **la primacía de los derechos inalienables de la persona** y ampara a la familia como institución básica de la sociedad». En el caso concreto, lo anterior implica que la lógica económica, necesaria para conseguir el más eficiente aprovechamiento de los recursos públicos, se encuentra supeditada a la incondicional supremacía de los derechos fundamentales a la vida y a la salud. Esta inferencia cobra pleno sentido al tener en cuenta que la racionalización de los recursos públicos no es un fin en sí mismo, es un medio que tiene por objeto garantizar la realización de los derechos fundamentales que requieren, para su goce efectivo, de tales recursos. En este orden de ideas, la citada prevalencia de los derechos en el ordenamiento interno implica no solo que el Estado se encuentra *autorizado* para llevar a cabo las inversiones necesarias para prevenir la propagación del virus SARS-CoV-2; significa, en realidad que se encuentra *jurídicamente obligado* a adoptar tales medidas.

El artículo segundo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), tratado que forma parte del bloque de constitucionalidad, esclarece el alcance de esta obligación⁶⁵. En dicho precepto se establece que los

⁶⁵ Al respecto, en la Sentencia C-393 de 2007, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente: «Sobre los deberes del Estado en materia de derechos sociales es esclarecedor el numeral 1° del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual dispone que cada uno de los Estados Partes de ese Pacto “se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” **Esta norma del PIDESC, que forma parte del bloque de constitucionalidad**, ha sido interpretada por el Comité

Estados tienen la obligación de hacer uso de *todas las medidas* que tengan a su disposición para asegurar la realización efectiva de los derechos proclamados en el tratado, entre los que se encuentra el derecho a la salud (artículo 12). El apartado en cuestión, que se transcribe enseguida, advierte que esta obligación resulta exigible «hasta el máximo de los recursos de que disponga [el Estado]»:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos [...].

Las repercusiones de esta cláusula para los Estados firmantes del Pacto fueron analizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General número 14. En la observación, el Comité manifestó lo siguiente en cuanto al alcance de las obligaciones que resultan exigibles al Estado en la materia:

Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas *supra* [Resalta la Sala].

En conclusión, el Estado colombiano se encuentra jurídicamente obligado a invertir «hasta el máximo de los recursos de que disponga» para garantizar la protección efectiva de los derechos a la salud y a la vida de los habitantes del territorio nacional. Estos recursos deben ser invertidos, según se sigue de la misma observación general, entre otros fines, en la prevención de la propagación de virus tales como el SARS-CoV-2. Así se infiere de las consideraciones dedicadas por el Comité al estudio de la obligación de «prevenir y tratar oportunamente las enfermedades de toda índole», que enfrentan los países:

La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías

del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación General n.º 3, en el sentido de que “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de las limitaciones de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato.” Entre ellas está la de “adoptar medidas”, las cuales “deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”».

pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, **la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas** [Resalta la Sala].

Ahora bien, tal como se señaló, la fuente de financiación para la vacuna de la COVID-19 debe ser el Fondo de Mitigación de Emergencias, FOME. Así se infiere del marco legal que, en el contexto del estado de emergencia económica, ecológica y social, fue dispuesto por el Gobierno Nacional, para la atención de la pandemia. El fondo fue creado por el Decreto Legislativo 444 de 2020 con el encargo de «**atender las necesidades de recursos para la atención en salud**, los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento, en el marco del Decreto 417 de 2020». Así, en atención a que el Gobierno ha creado un fondo que tiene la misión específica de solventar las necesidades de salud causadas por la pandemia del virus SARS-CoV-2, se colige que la inversión correspondiente debe hacerse con cargo a él.

Así pues, teniendo en cuenta la restricción establecida en el literal e) del artículo 15 de la ley estatutaria, así como también la precisión hecha por la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014 y las situaciones de extrema gravedad surgidas de la pandemia de la COVID -19, planteadas por la Corte en la declaratoria de exequibilidad de los decretos legislativos⁶⁶, se concluye que el Estado debe contar con los recursos necesarios para hacer frente, de manera inmediata, a la crisis de salubridad pública actual⁶⁷.

Ahora bien, la posibilidad de emplear recursos distintos al FOME debe ser considerada como una alternativa extraordinaria y excepcional, por los riesgos que supone para la sostenibilidad de las finanzas públicas destinadas a la salud. Esta excepcional alternativa únicamente se encontraría justificada en la medida en que no sea posible emplear los recursos del FOME.

Como se ha señalado, los recursos del FOME, a pesar de su destinación multipropósito, deben ser utilizados de manera prevalente para atender las necesidades de recursos en materia de salud.

La Sala estima necesario hacer hincapié en que la alternativa recién descrita i) es excepcional, ii) no pretende autorizar el desconocimiento de la restricción establecida en el literal e) del artículo 15 de la ley estatutaria y iii) únicamente se encuentra justificada debido a la incuestionable gravedad de la pandemia. La seriedad de esta situación fue descrita por la Corte Constitucional en la Sentencia

⁶⁶ Entre ellas la sentencia C-194 de 2020, C-145 de 2020 y C-163 de 2020.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-194 de 2020.

C-145 de 2020, providencia en la que el tribunal examinó la constitucionalidad de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica:

58. Esencialmente se está ante una grave calamidad pública de origen sanitario y epidemiológico como lo reconoce el decreto declaratorio^[252], al poner en riesgo la salud, vida y seguridad de las personas, situación que algunos especialistas y científicos en principio atribuyen a causas naturales y biológica^[253] y/o procesos ambientales y de base zoonótica^[254], que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones económicas y sociales en todo el país y ha sido responsable de un elevado y veloz crecimiento de contagio y una alta tasa de mortalidad, **único en su clase y de gravedad en lo que va corrido de la vida republicana de Colombia.**

La extrema gravedad de esta situación es la circunstancia que, de acuerdo con el precedente fijado en la Sentencia C-313 de 2014, autoriza la inaplicación de la restricción de servicios y tecnologías experimentales. Esta coyuntura, totalmente inusual y por completo ajena a las previsiones del artículo 15 de la ley estatutaria, permite concluir que el caso presente no se enmarca en los supuestos de hecho previstos en la norma en cuestión. Según los antecedentes de la ley, analizados con antelación, la disposición fue creada para circunstancias ordinarias, enteramente distintas a las que se presentan en la actualidad, en las que la vida y la salud de la totalidad de la población se encuentran amenazadas por un virus del que no se tiene antídoto, vacuna o tratamiento alguno. De ahí que se afirme que la realidad que se presenta como consecuencia del virus SARS-Cov-2 no encaje, en sentido estricto, en la regulación que se encuentra consignada en la ley estatutaria de la salud.

De igual manera, es preciso advertir que el problema jurídico que se plantea a la Sala de Consulta se enmarca dentro de un particular contexto de peligro de inequidad en el acceso a la vacuna contra el virus SARS-Cov-2. Esta circunstancia ha sido puesta de presente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-163 de 2020, providencia en la que señaló que, en la actualidad, se presenta una «competencia agresiva» en el mercado por la adquisición de todos los dispositivos médicos requeridos para la prevención de la propagación del virus⁶⁸.

⁶⁸ La Corte señaló: 49. En lo que respecta al **juicio de motivación suficiente** la Sala evidencia que los considerandos del Decreto buscan demostrar una idea específica, consistente en que la pandemia generó una modificación profunda del modelo de competencia económica en la adquisición de los dispositivos médicos y EPP. Este cambio implica (i) la configuración de una demanda inelástica, en donde las variaciones del precio y condiciones de adquisición no alteran la demanda, la cual se mantiene en virtud del carácter vital de los bienes requeridos; y (ii) la correlativa necesidad de contar con mecanismos particularmente eficientes para la compra de los productos.

Estas razones vienen a ser ampliadas por las pruebas requeridas por la Corte, **las cuales señalan que se está ante una “competencia agresiva”, en la cual las compañías internacionales que producen y distribuyen los bienes mencionados, en virtud de la limitación de disponibilidad, prefieren contratar con aquellos Estados que les otorguen mejores condiciones.** A su turno, la escasez de los bienes hace que los precios se incrementen rápidamente, lo que implica la

La forma en que se está librando dicha *competencia* en el mercado internacional permite colegir que existe una amenaza cierta de inequidad en el acceso a la vacuna. Tal situación impone a las autoridades públicas el deber de actuar con prontitud para garantizar la protección de los derechos a la salud y a la vida de los habitantes, lo que se traduce en la inversión de los recursos económicos para obtener la aludida vacuna, en los proyectos que se encuentran en fase de experimentación.

Finalmente, es menester destacar que el *telos* que se desprende del Decreto Legislativo 417 de 2020 que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica es sustancialmente distinto al que originó el contenido de la norma del art. 15 de la Ley 1751 de 2015. Los objetivos que esta última perseguía al establecer las aludidas restricciones, según fue señalado en este concepto, eran completamente distintos a la atención de una pandemia de dimensiones mundiales.

En consecuencia, resulta desproporcionado aplicar la restricción contenida en el literal e) del artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud al caso concreto, dado que ello tendría como efecto la imposibilidad de conseguir una vacuna efectiva de manera oportuna, lo que afectaría gravemente los derechos a la salud y a la vida de los colombianos.

En este orden de ideas, en consonancia con los argumentos expuestos en este apartado, la Sala de Consulta concluye lo siguiente:

- i) Los recursos públicos necesarios para la adquisición de las vacunas que se encuentran en fase de experimentación deben obtenerse en primera instancia a través del FOME.
- ii) La inversión en servicios y tecnologías experimentales se encuentra justificada únicamente debido a la gravedad extrema de las circunstancias que rodean a la pandemia provocada por el virus SARS-Cov-2 y a las razones que motivaron la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica.
- iii) La restricción establecida en el literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 se encuentra plenamente vigente y resulta aplicable en los términos y según el procedimiento previsto en la misma norma.
- iv) Los hechos que rodean a la pandemia de la COVID-19 no coinciden con los supuestos de hecho descritos en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, pues estos últimos fueron concebidos para tiempos de

imperiosa necesidad de finiquitar los contratos respectivos con la mayor celeridad posible [Resalta la Sala].

normalidad, distintos al estado de emergencia económica, social y ecológica, que ha generado el virus en cuestión.

G. Conclusiones. Resolución de los problemas jurídicos

De conformidad con el análisis realizado en este concepto, la Sala concluye lo siguiente en relación con los problemas jurídicos planteados:

1) ¿La restricción establecida en el literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015 no aplica para los recursos del FOME destinados a las inversiones de salud para conjurar la pandemia y, por lo tanto, pueden ser utilizados para la financiación de la investigación de moléculas en fase de experimentación para conseguir la vacuna contra la COVID-19 y del anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna?

La restricción establecida en el literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015 no aplica a los recursos del FOME, fundamentalmente, por las siguientes razones:

- El FOME no se nutre con los recursos ordinariamente asignados a la salud.
- El Decreto Legislativo 444 de 2020, por medio del cual se creó el FOME, fue expedido como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica efectuada a través del Decreto Legislativo 417 de 2020.
- La creación del fondo busca facilitar la ejecución ágil y eficiente de los recursos necesarios para enfrentar las circunstancias graves y excepcionales ocasionadas por la pandemia de la COVID-19.
- Los recursos del fondo no están destinados exclusivamente a satisfacer necesidades en salud, pues también pueden ser utilizados para hacer frente a «los efectos adversos generados a la actividad productiva y la necesidad de que la economía continúe brindando condiciones que mantengan el empleo y el crecimiento».
- El Decreto Legislativo 444 de 2020 no hace referencia a la Ley 1751 de 2015.

Como consecuencia de lo anterior, se encuentra que el Decreto Legislativo 444 de 2020 mal podría haber hecho referencia a la Ley Estatutaria de Salud y a sus exclusiones, pues, se reitera, su objeto, contenido y finalidad son sustancialmente distintos a los que motivaron el régimen de exclusiones y por ende, escapan a la órbita de su competencia.

2) ¿De acuerdo con la restricción establecida en el literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015, es posible que el Estado colombiano financie con recursos ordinarios destinados a la salud la investigación de moléculas en fase de experimentación para conseguir la vacuna contra la COVID-19 y el anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna?

Los recursos ordinarios destinados a la salud pueden ser utilizados de manera extraordinaria y excepcional para financiar la referida investigación y el anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna de la COVID-19. Lo anterior, siempre que los recursos del FOME no sean suficientes para financiar los referidos anticipos.

Esta posibilidad se encuentra justificada en la incuestionable gravedad de la pandemia que, de acuerdo con el precedente fijado en la Sentencia C-313 de 2014, autoriza la inaplicación de la restricción prevista en el literal e) del art. 15 de la Ley 1751 de 2015.

H. Exhortación final al fortalecimiento de la investigación en salud y de su financiación

Finalmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil, de manera respetuosa, exhorta al Gobierno Nacional, y por su conducto al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, y principalmente al Ministerio de Salud y Protección Social, para que a futuro se fortalezca la investigación en salud, sus recursos y la posibilidad de financiar proyectos similares a los que motivaron la consulta, de conformidad con el mandato de la política de innovación, ciencia y tecnología en salud, a que se refiere el artículo 22 de la Ley 1751 de 2015, analizado en un capítulo anterior de este concepto.

Dicha política, como lo prescribe la citada norma, debe estar «orientada a la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, la adquisición y producción de las tecnologías, equipos y herramientas necesarias para prestar un servicio de salud de alta calidad que permita el mejoramiento de la calidad de vida de la población».

El fortalecimiento de una política de investigación en salud, que se ejecute de manera concertada con el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, creado por la Ley 1951 de 2019, debía ser el eje central para atender situaciones como las enunciadas en la solicitud de concepto, esto es, atender «una iniciativa que implica la inversión de recursos por parte de los Estados participantes, para financiar a un número variado de laboratorios», en orden a la inversión en moléculas en fase de experimentación o la obtención oportuna de vacunas en casos de pandemia o similares.

IV. LA SALA RESPONDE

1. ¿El literal e del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 restringe la posibilidad de que el Estado colombiano financie con recursos públicos destinados a la salud la investigación de moléculas en fase de experimentación para conseguir la vacuna contra el nuevo coronavirus COVID-19?

En el caso específico objeto de la consulta, relativo a la inversión de recursos públicos del Estado colombiano en la financiación de la investigación de moléculas en fase de experimentación para conseguir la vacuna contra la COVID-19, no aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

En los términos expuestos en este concepto, si el Gobierno Nacional decide realizar esta inversión, deberá utilizar, en primera instancia, los recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME.

Asimismo, la Sala señala que la restricción establecida en el literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 no aplica a las inversiones de recursos públicos destinados de manera ordinaria a la salud -de que trata esta ley- en la investigación de moléculas en fase de experimentación para la vacuna contra la COVID-19, en los términos y dentro de los requisitos señalados en este concepto.

2. ¿El literal e del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 restringe la posibilidad de que el Estado colombiano financie con recursos públicos destinados a la salud el anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna contra el nuevo coronavirus COVID-19, en caso de que sea aprobada?

En el caso específico objeto de la consulta, relativo a la financiación del anticipo solicitado por los laboratorios farmacéuticos para garantizar una distribución oportuna de la vacuna contra la COVID-19, no aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 .

En los términos expuestos en este concepto, si el Gobierno Nacional decide realizar esta inversión, deberá utilizar, en primera instancia, los recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME.

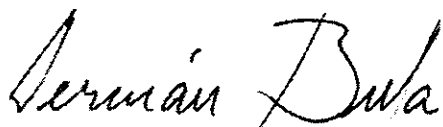
De manera adicional, la Sala señala que la restricción establecida en el literal e) del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 no aplica a las inversiones de recursos públicos ordinarios destinados a la salud -de que trata esta ley- en la obtención de la vacuna contra la COVID-19 y su distribución oportuna, en los términos y requisitos señalados en este concepto.

3. En caso de que la respuesta a los interrogantes anteriores sea positiva, ¿podría el Gobierno nacional inaplicar el literal e del artículo 15 de la Ley 1751

de 2015, para financiar con recursos públicos destinados a la salud la investigación de moléculas en fase de experimentación o el pago de los anticipos mencionados para obtener la vacuna contra el nuevo coronavirus COVID-19?

No se presenta el supuesto de esta pregunta.

Remítase copia al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala



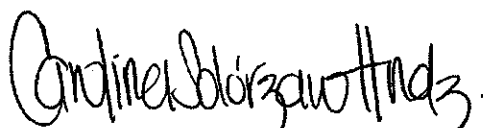
ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado



EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala

17 SEP. 2020

LEVANTAMIENTO DE RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. 202011501431241 DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 2020