



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001032400020080036900**

**Actora: MARCELA RAMIREZ SARMIENTO**

**Demandado: AUTORIDADES NACIONALES**

**Referencia: COMITÉS TÉCNICOS CIENTIFICOS PODRAN AUTORIZAR DE MANERA EXCEPCIONAL TRATAMIENTOS EXPERIMENTALES**

Se decide en única instancia la acción de nulidad instaurada en nombre propio por la actora, contra el parágrafo del artículo 6º de la Resolución N° 003099 del 19 de agosto de 2008 expedida por el Ministerio de la Protección Social hoy Ministerio de Salud y Protección Social.

**I. LA DEMANDA**

La demandante actuando en nombre propio sin apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad del artículo 84 CCA, presentó la siguiente demanda con el fin de que se declaren las siguientes:

### **1.1. Pretensiones**

-Que se declare la nulidad del párrafo del artículo 6º de la Resolución 003099 del 19 de agosto de 2008 *“Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela”*, expedida por el Ministro de la Protección Social de la época.

### **1.2. Hechos**

Este acápite no fue desarrollado por la ciudadana demandante.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Estima la parte actora que con el acto administrativo demandado se violaron las siguientes normas: los artículos 13, 23, 48 y 49 de la Constitución Política; 188 de la Ley 100 de 1993; 14 de la Ley 1122 de 2007 y los artículos 6º y 25 del CCA.

Recordó que el derecho a la salud es un derecho fundamental e irrenunciable de toda persona, que la seguridad social es un servicio público obligatorio que debe ser prestado por el Estado de manera directa o por particulares y, que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, por lo que le corresponde organizar, dirigir y reglamentar su prestación de manera universal, es decir, garantizando a toda la población el acceso efectivo a los servicios en salud.

Mencionó que la Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente vía jurisprudencial lo relativo al derecho a la salud y su efectiva prestación, por lo que para entender el núcleo esencial de este derecho, es necesario remitirse a la doctrina. Lo anterior teniendo de presente que el acto administrativo parcialmente acusado, tiene claro fundamento en la jurisprudencia constitucional, como quiera que en la parte considerativa aludió a los fundamentos de las sentencias C-316 y C-463 ambas de 2008, fallos mediante los cuales se pronunció la alta Corporación respecto de la constitucionalidad del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, por lo que en este sentido, la Resolución acusada pretende desarrollar lo establecido por la Corte Constitucional.

Advirtió que no obstante estar inequívocamente la Resolución 003099 de 2008 motivada en los fallos citados, el Ministerio se apartó de sus orientaciones de manera flagrante con la expedición del párrafo del artículo 6º, al olvidar el valor que tienen las sentencias y los efectos de la cosa juzgada que las caracterizan, siendo de obligatorio cumplimiento no solo en su parte resolutive sino en su *ratio decidendi*.

La actora consideró que el párrafo 6º de la Resolución Número 003099 de 2008 contradice la sentencia C-316 de 2008, como quiera que en esta decisión al declarar la exequibilidad de la expresión *“Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga”*, contenida en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, la Corte Constitucional dejó claro tres puntos: i) el Comité Técnico Científico no se puede convertir en una barrera de acceso de las personas al servicio de salud; ii) el trámite ante el Comité es un paso obligatorio para poder solicitar el recobro del medicamento NO POS al Fosyga, pero no es un procedimiento necesario para poder acceder al servicio y, iii) las EPS deben adoptar medidas urgentes para satisfacer el derecho del usuario al servicio de salud.

Por su parte mencionó que los apartes de la Sentencia C-463 de 2008 que constituyen la *ratio decidendi* del fallo y que fueron desconocidos por la norma acusada, son los siguientes: i) los comités técnico científicos son instancias meramente administrativas cuyos procedimientos no se pueden oponer al momento de hacer efectiva la prestación del servicio médico no cubierto por el POS; ii) el requerimiento que haga el médico tratante, se convierte respecto del paciente, en un derecho fundamental; iii) las EPS tienen la obligación de considerar todos los requerimientos del médico tratante respecto de prestaciones de salud NO POS; iv) La Corte Constitucional dijo que era exequible el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, siempre y cuando se entienda que el reembolso a que son obligadas las EPS objeto de un fallo de tutela, también se aplica respecto de todos los medicamentos y servicios médicos ordenados por el médico tratante y, v) el Estado se encuentra obligado al cubrimiento de las prestaciones en salud NO POS necesarias y que sean ordenadas por el médico tratante.

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

Posteriormente la accionante, luego de establecer las consideraciones de obligatorio cumplimiento de las sentencias de constitucionalidad citadas, frente a los presupuestos del artículo 6º de la Resolución 003099 de 2008, mencionó que esta norma señala que el Comité Técnico Científico deberá tener en cuenta para la evaluación, aprobación o desaprobación de los medicamentos y demás servicios no incluidos tanto en el Manual de Medicamentos como en el Manual de Actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, varios criterios.

Entre los anteriores límites -dijo la accionante-, que la norma acusada impone un límite o restricción para la autorización efectiva de un servicio médico excluido del Plan Obligatorio de Salud, como lo es el que no se trate de tratamientos experimentales ni aquellos medicamentos que se prescriban ni procedimientos que se encuentran expresamente excluidos de los planes de beneficios, limitaciones que no son compatibles con los postulados de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, ya que estos fallos dispusieron que los pacientes tienen derecho a los servicios NO POS requeridos y ordenados por los médicos tratantes, pero nunca condicionó la autorización de los mismos a las características de los servicios.

Sostuvo que a pesar de que por tratamientos experimentales se entiende que son tratamientos no reconocidos por asociaciones médico científicas a nivel mundial y cuya eficacia no está científicamente acreditada, mediante acciones de tutela se vienen reconociendo un gran número de tratamientos que pueden calificarse como experimentales, por cuanto los médicos tratantes han determinado mediante la evaluación objetiva del paciente que éste se beneficia de dicho tratamiento y, que por lo tanto era necesario su suministro por parte de la EPS.

La accionante se cuestiona de qué manera se pueden autorizar los tratamientos experimentales que los médicos tratantes ordenan a los pacientes, si la Resolución 3099 de 2008 hace imposible su aprobación. Por tanto, si la EPS niega el servicio solicitado con base en el hecho de que el mismo no cumple con los criterios para su autorización por parte del Comité Técnico Científico, el paciente podrá interponer acción de tutela solicitando se ampare su derecho a la salud, amparo que es viable a la luz de los postulados de la doctrina obligatoria de la Corte Constitucional.

De allí que al usuario le tocará acudir en primera instancia a la tutela para obtener

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

el suministro del servicio experimental NO POS que requiere, lo cual no sólo contradice la doctrina constitucional, sino también los postulados de la Ley 1122 de 2007, que pretende terminar con la proliferación de las acciones de tutela para garantizar el derecho a la salud. Así mismo significa que al haberse obligado la EPS a la prestación del servicio mediante la acción de tutela, ésta sufrirá la pérdida del recobro de por lo menos el 50% del valor de tal servicio, por cuanto la causal de negación del mismo, si bien se encuentra establecida en la Resolución 3099 del Ministerio de la Protección Social, no es admisible por la Carta Política.

Manifestó la accionante que de acuerdo con la filosofía de la Corte Constitucional, el Comité Técnico Científico es un requisito para efectuar el recobro pero no un procedimiento necesario para poder acceder a los servicios de salud, razón por la que las EPS deberían autorizar el servicio en aras de cumplir con los postulados constitucionales, a pesar de que no puede tramitar la aprobación por el Comité. Pero advierte que si la aprobación por parte del mencionado comité es un mecanismo necesario para el recobro al FOSYGA, ello implica que las EPS terminarían asumiéndolo económicamente, lo que contraría el sentido de la sentencia C-463 de 2008 que reconoce explícitamente que es el Estado al que corresponde la garantía de los servicios NO POS solicitados por los pacientes.

A juicio de la demandante, la Resolución 03099 de 2008, antes que facilitar la implementación de la doctrina constitucional constituye una barrera para el efectivo desarrollo del derecho a la salud, en lo que tiene que ver con el acceso a los servicios NO POS y, en un requisito que en todos los casos sería imposible de cumplir por parte de las EPS, para efectuar el recobro al FOSYGA.

De otra parte sostuvo, que de acuerdo con lo que ha de entenderse por *actividades, procedimientos e intervenciones que se encuentren expresamente excluidos de los Planes de Beneficio*, según la definición del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 que contiene el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimiento expedida por el Ministerio de Salud y que reguló las coberturas y amparos del Plan Obligatorio de Salud, se podría concluir que sobre este punto no hay posibilidad de reconciliación entre la doctrina constitucional y la resolución demandada.

Por lo anterior, adujo que de acuerdo con la filosofía de la Resolución 3099 de 2008, prácticamente todos los servicios por fuera del POS son imposibles de autorizar por parte del Comité Técnico Científico, pues el listado de servicios

excluidos expresamente es demasiado amplio, aunado al hecho de que los tratamientos experimentales en la realidad vienen siendo autorizados vía tutela y son asumidos por el Fosyga, de allí la exequibilidad condicionada del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2008, de manera que si se diera aplicación a la Resolución parcialmente acusada, lo que se evidencia es que los fallos de la Corte Constitucional no tendrían efecto alguno o incluso podrían tener el efecto contrario a lo ordenado; basta con comparar el texto de la resolución enjuiciada y las sentencias desconocidas para observar, que si una prohíbe la aprobación de los servicios excluidos del POS por parte del CTC y la otra se ocupa con fuerza vinculante de la aprobación y acceso efectivo de los pacientes a los mismos servicios excluidos del POS, una contradice la otra y por lo tanto, la resolución está viciada de nulidad.

Finaliza la demandante censurando que lejos de realizar los postulados del artículo 49 superior, el acto enjuiciado los desconoce, como quiera que a mayores restricciones para la aprobación de los servicios médicos, mayores serán los efectos negativos para la salud de los pacientes que los requieran y para la viabilidad financiera del sistema de salud.

#### **1.4. Coadyuvancia de la demanda**

La ciudadana Nilka Lizett Enamorado Triviño, presentó memorial mediante el cual esgrimió similares argumentos a los consignados en la demanda<sup>1</sup>, al considerar que el parágrafo del artículo 6º de la Resolución 3099 de 2008 es ilegal, por cuanto contraviene los artículos 11, 13, 48 y 49 de la Carta Política así como el artículo 188 de la Ley 100 de 1993 y el 14 de la Ley 1122 de 2007, en la medida en que limita la prestación de los servicios de salud condicionándola al señalar que el Comité Técnico Científico, en ningún caso podrá aprobar tratamientos experimentales, ni los que se encuentren excluidos como los de los artículos 13 y 18 de la Resolución 5261 de 1994.

Advirtió que el Comité Técnico Científico no se puede convertir en una barrera de acceso de las personas al servicio de salud, ya que dicho trámite es un requisito obligatorio para solicitar el recobro del servicio NO POS al Fosyga o al ente territorial, según el régimen al que pertenezca el afiliado, pero no se puede convertir en un requisito indispensable para acceder a la prestación de los

---

<sup>1</sup> Aparece a folios 63-69 del cuaderno único

servicios de salud, pues muy seguramente lo que no autoriza el Comité será autorizado y cubierto por orden judicial dada la interposición segura de la acción de tutela.

La coadyuvante solicitó la declaratoria de nulidad de la norma acusada de la Resolución 03099 de 2008, al afirmar que permitiría eliminar los obstáculos existentes cuando se trata de un procedimiento experimental, ya que si se estudia la viabilidad de autorizar lo solicitado por el médico tratante con todo el apoyo en los criterios médicos y científicos, el Comité Técnico Científico deberá autorizar lo prescrito, garantizándose así el cumplimiento de todos los preceptos constitucionales y legales que procuran la atención en salud para todas las personas de manera eficiente, oportuna y con calidad.

## II. LA CONTESTACIÓN

El Ministerio de la Protección Social hoy Ministerio de Salud y Protección Social, por conducto de apoderado judicial, presentó las razones que a su juicio justifican la improsperidad de la demanda en contra del parágrafo del artículo 6º de la Resolución 03099 de 2008<sup>2</sup>.

Esgrimió que la medida adoptada en el acto acusado, obedece al hecho de que a partir de 1998 el Fosyga comenzó a recibir voluminosos recobros por medicamentos no POS y por fallos de tutela, lo que obligó a que año tras año el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS, tuviera que destinar mayores recursos para asumir los pagos por estas reclamaciones.

Luego de presentar el panorama normativo que sirvió de referente para el recobro de los medicamentos no incluidos en el POS y por fallos de tutela ante el Fosyga, señaló que el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución 3099 de 2008 que recoge en gran medida lo dispuesto en las sentencias T-760 de 2008 y C-463 del mismo año.

La apoderada de la entidad ministerial demandada advirtió que a la luz de los fallos citados, las inclusiones y exclusiones del POS, deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista relacionado con la recuperación de la salud del interesado, motivo por el que los artículos 12 y 18 del Manual de

---

<sup>2</sup> Obra a folios 90-104 del expediente

actividades, procedimientos e intervenciones del POS MAPIPOS, deben interpretarse de manera restrictiva y enfocados a obtener el mejor uso de los medios científicos y financieros en beneficio tanto del usuario como del sistema de seguridad social en salud. En todo caso dijo que, tal y como lo advierten los fallos de la Corte Constitucional, mientras exista un criterio médico científico que restrinja un procedimiento bajo el aval de un médico que garantiza su especialidad en esta rama del saber, el Comité Técnico Científico podrá negarlo.

Finalmente afirmó que los procedimientos adoptados por el FOSYGA, cuando se presentan recobros en cumplimiento de fallos de tutela y/o por medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS autorizados por el Comité Técnico Científico, se encuentran sujetos a las decisiones jurisprudenciales y legales que los entes encargados de vigilar y coordinar el Sistema General de Seguridad Social en Salud han determinado para el asunto, atendiendo siempre al orden y equilibrio financiero que se predica del Sistema.

### **III. LOS ALEGATOS**

#### **3.1. POR PARTE DE LA APODERADA DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**

Reiteró que fueran denegadas las pretensiones de la demanda, al considerar que el supuesto normativo consignado en el acto parcialmente acusado, no desconoce el ordenamiento legal como quiera que la exclusión que prevén los artículos 12 y 18 de la Resolución 5261 de 1994 a que alude el párrafo acusado del artículo 6º de la Resolución 3099 de 2008, es restrictiva y está enfocada a obtener el mejor uso de los medios científicos y financieros en beneficio del usuario y del sistema, máxime cuando los tratamientos experimentales no gozan de un rigor científico que compruebe el efecto terapéutico en los pacientes.

Afirmó que de aceptarse lo contrario, sería tanto como desconocer la intención y finalidad de proteger los recursos e insumos encaminados a brindarle a la población en general, la prestación del servicio de salud de forma veraz y comprobada. En suma para la alegante, mientras exista un criterio médico de vocación científica que restrinja o no autorice un

procedimiento determinado, bajo el aval de un médico que garantiza su especialidad en la rama objeto de análisis para el caso específico, el Comité Técnico Científico lo tendrá que negar<sup>3</sup>.

### **3.2. POR PARTE DE LA DEMANDANTE**

Reiteró se declare la nulidad e ilegalidad de la norma acusada, al considerar que la misma se constituye en un factor desequilibrante dentro del sano desarrollo de la prestación del servicio de salud, porque no solo afecta la seguridad financiera sino la seguridad jurídica del sistema de seguridad social en salud<sup>4</sup>.

Advirtió que el supuesto de la norma acusada lo que vislumbra es un problema de tipo económico, en el que el FOSYGA detrás del argumento jurídico de defensa de la normativa lo que en últimas está haciendo, es evitar y sacarle el quite al reembolso del valor de los procedimientos médicos, sean estos medicamentos o servicios, que debe reconocer a las EPS que han tenido que sufragar el costo de los mismos porque fueron aprobados por el Comité Técnico Científico o bien, porque fueron autorizados por tutela.

Recordó la demandante que la parte demandada olvidó, que el sistema de salud está concebido como un sistema integral, en el que prima la conexidad con el derecho a la vida y, que por ello es que a pesar de existir un sinnúmero de procedimientos y servicios médicos que están excluidos de las coberturas del POS, toca prestarlos a los pacientes cuando estos los requieren en atención precisamente a la integralidad del derecho a la salud. Por lo anterior, si las EPS que son el eslabón entre el Estado como prestador obligatorio del servicio y el usuario del mismo lo prestan en cumplimiento de sus funciones, deberá el Estado reconocerles el valor en que incurrieron para su prestación independientemente de si estaban o no excluidos del POS.

Recalcó la actora que no pueden las EPS a través de los comités técnicos científicos, abstenerse de estudiar las solicitudes de cualquier servicio médico que se les presente, pues vía tutela serán condenadas en un pago proporcional, pero en todo caso según la norma enjuiciada, tampoco puede el Comité autorizar nada que se encuentre excluido del POS. De allí que surja

---

<sup>3</sup> El escrito figura a folios 158-165

<sup>4</sup> Aparece a folios 166-172 del cuaderno principal

un contrasentido jurídico pues siendo la seguridad social en salud un servicio público a cargo del Estado, a éste le corresponde organizar, dirigir y reglamentar su prestación a todos los habitantes del territorio nacional.

#### **IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa ante esta Sección, solicitó que los cargos fueran despachados desfavorablemente, como quiera que la norma acusada no infringió el ordenamiento constitucional ni legal<sup>5</sup>.

En primer lugar señaló, que el servicio público de seguridad social, debe partir de la premisa de que el mismo hace parte de un sistema normativo integrado por varias disposiciones de distinto orden y jerarquía, que han sido objeto de pronunciamiento por las altas corporaciones judiciales y, que a su vez han sido prolíferas las subreglas y requisitos que se han adoptado con miras a lograr una efectiva tutela de la prestación de los servicios de salud.

En segundo término recordó que de acuerdo con el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud corresponde al conjunto básico de servicios de atención en salud a que tienen derecho los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, indistinto de los regímenes de que se trate, a cuya prestación están obligadas las EPS. La definición y actualización del POS está a cargo del Consejo Nacional de Seguridad Social.

El Delegado de la Procuraduría General de la Nación indicó que no se puede desconocer que la prestación de los servicios de salud, es limitada en cuanto a las condiciones financieras del sistema y a la tecnología existente en el país, por lo que surge la inquietud de quién está llamado a asumir las actividades, intervenciones, procedimientos y tratamientos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, toda vez que las EPS están obligadas a garantizar sólo los servicios de salud en los términos que establezcan la ley y los decretos reglamentarios.

Advirtió que ante esta situación, es decir, cuando no están incluidos en el POS los servicios o medicamentos y, el afiliado o beneficiario carece de la

---

<sup>5</sup> El concepto aparece a folios 173-191 de la misma encuadernación

capacidad económica para sufragar los gastos adicionales, las EPS están en la obligación de prestar dichos servicios o medicamentos, permitiéndose que obtengan el reembolso de los mismos. Para los fines anteriores, el artículo 188 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 4º de la Resolución 3099 de 2008 objeto de nulidad, previeron dentro de la estructura de las administradoras de planes de beneficios, la existencia de un Comité Técnico Científico, cuya función es la de estudiar las solicitudes de servicios y suministro de medicamentos no POS, pero que son requeridos por los afiliados, concepto que en todo caso no es obligatorio ni indispensable para el suministro de los mismos, tal y como lo así lo concibieron las sentencias T-741 de 2008 y C-463 de 2008.

Respecto de la demanda de nulidad en contra del párrafo del artículo 6º de la Resolución 3099 de 2008, el delegado del Ministerio Público afirmó que la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa –que sirvió de fundamento para su expedición-, reconoció que existe una laguna normativa frente al procedimiento que debe seguirse para acceder a los servicios que **se requieran**, es decir de conformidad con el diagnóstico emitido por el médico tratante y, que no están contemplados en el Plan de Beneficios y es por ello que el único mecanismo para obtener su prestación, ha sido la acción de tutela.

Destacó que el contenido de la norma acusada se refiere a la prohibición que impone la norma a los comités técnico científicos de las EPS, de aprobar tratamientos experimentales, ni aquellos medicamentos, procedimientos e intervenciones que se encuentren expresamente excluidos de los planes de beneficios, de conformidad con lo prescrito en los artículos 13 y 18 de la Resolución 5261 de 1994.

Frente a esta limitación contemplada en la resolución acusada, el Procurador Delegado conceptuó en su favor, al considerar que se justifica bajo el entendido de que el derecho a la salud y el acceso al servicio para la recuperación de la salud de un paciente, implican que dichos servicios o procedimientos, tengan un nivel de efectividad determinable y ello ocurre cuando han sido comprobados y avalados por la comunidad científica.

Bajo esta óptica, consideró que la norma parcialmente acusada, lo que pretende es que no se practiquen procedimientos que están en vía de

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

experimentación que puedan generar consecuencias colaterales que puedan devenir en elementos negativos para el estado de salud del paciente o que no den los resultados esperados, aunado al hecho de los altos costos en que incurren y que pueden desequilibrar el sistema.

Reiteró que no observa ilegalidad en la disposición acusada, pues no contraviene la normatividad superior que orienta el servicio público de seguridad social, inspirado a su vez en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, al corresponderle al Estado Ministerio de la Protección Social, organizar, dirigir y reglamentar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Para el Delegado de la Procuraduría General de la Nación, la norma parcialmente atacada no debe ser declarada nula para el periodo en que estuvo vigente<sup>6</sup>, pues ha de observarse como la norma general que debe orientar las decisiones del Comité Técnico Científico frente a los procedimientos y medicamentos experimentales y frente a las exclusiones de los planes de beneficios.

Calificó de ser razonable y proporcionada la norma atacada, por encontrarla ajustada a las normas constitucionales presuntamente violadas, dado que para los casos concretos o específicos, cumpliéndose los requisitos señalados por la Corte Constitucional, cabe la figura de la inaplicación del POS, fruto de los fallos judiciales de tutela.

De otra parte destacó que los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que orientan el servicio de seguridad social, no se menoscaban con la norma acusada y, antes por el contrario ayudan a la estabilidad del sistema y a la protección del interés general. Por su parte, los comités técnico científicos como entidades administrativas, habilitan que en los casos en que se presenten contradicciones entre los diagnósticos y prescripciones de los médicos tratantes, la presencia de especialistas en la rama de la medicina y epidemiólogos clínicos que brindan elementos certeros para que puedan

---

<sup>6</sup> La Resolución 3099 de 2008 fue derogada por la Resolución 00548 del 12 de febrero de 2010 “*Por la cual se reglamentan los Comités Técnico Científicos, se establece el procedimiento de radicación, reconocimiento y pago de recobros ante el Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga, y se dictan otras disposiciones aplicables durante el periodo de transición de que trata el artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 2010*”, expedida por el Ministerio de la Protección Social.

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

realizarse las evaluaciones, aprobaciones o desaprobaciones de medicamentos y tratamientos no contemplados en los Planes de Beneficios o POS.

Tampoco encontró acreditado que la norma demandada, contrariara las sentencias de la Corte Constitucional que se han ocupado del examen de las funciones y alcances de las decisiones de los comités técnicos científicos y que sirvieron de fundamento a la Resolución 03099 de 2008. Al contrario lo que se evidencia es que, el acto acusado parcialmente remite a otra norma del sistema integrado en materia de seguridad social en salud y, que no impide de manera absoluta que en casos concretos puedan inaplicarse los Manuales de Servicios y Procedimientos y los Manuales de Medicamentos POS que predicen las exclusiones.

## **V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **5.1. Los actos administrativos demandados**

El texto de la norma acusada es del siguiente tenor literal:

#### **“RESOLUCION NÚMERO 003099 DE 2008 (agosto 19)**

Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela.

El Ministro de la Protección Social, en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993,

#### **CONSIDERANDO:**

Que conforme al artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, "cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes Se a subcuentas del FOSYGA deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda. En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido";

Que la Resolución 2933 de 2006, reglamenta "los Comités Técnico-Científicos y establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y de fallos de tutela, determinando las

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

funciones, criterios de autorización, procedimiento y excepciones de las decisiones que deben tomar los Comité Técnico-Científico";

Que mediante Sentencia C-316 de 2008, la Corte Constitucional declaró executable la expresión "Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga", del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007";

Que mediante Sentencia C-463 de 2008, la Corte Constitucional decidió declarar executable el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2008 "señalando que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos –medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro–, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En el caso del Régimen Subsidiado esta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 de 2001";

En mérito de lo expuesto,

## **RESUELVE:**

### **CAPITULO I**

#### **De los Comités Técnicos-Científicos**

(...)

Artículo 6°. Criterios para la evaluación, aprobación o desaprobación. El Comité Técnico-Científico deberá tener en cuenta para la evaluación, aprobación o desaprobación de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud, no incluidos tanto en el Manual de Medicamentos, como en el Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, los siguientes criterios:

(...)

Parágrafo. En ningún caso el Comité Técnico –Científico podrá aprobar tratamientos experimentales ni aquellos medicamentos que se prescriban para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones que se encuentren expresamente excluidos de los Planes de Beneficios conforme al artículo 13 y 18 de la Resolución 5261 de 1994 y demás normas que la adicionen, modifiquen o deroguen."(subrayas para destacar el aparte acusado)

## **5.2. Cuestión Previa**

### **5.2.1. En cuanto al Impedimento**

Mediante escrito sin fecha de radicación, el señor Consejero de Estado, ROBERTO

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

AUGUSTO SERRATO VALDÉS, manifestó encontrarse impedido para actuar en el proceso de la referencia, invocando para ello la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil<sup>7</sup>, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, en su condición de Agente del Ministerio Público el ahora señor Consejero de Estado, presentó concepto el día 24 de octubre de 2012, en el sentido de que se denegaran las súplicas de la demanda de nulidad interpuesta contra el parágrafo del artículo 6º de la Resolución 003099 del 19 de agosto de 2008, expedida en su momento por el Ministerio de la Protección Social, al considerar que no vulneró ninguna de las normas del ordenamiento constitucional y legal invocadas como violadas por la accionante.

Este Despacho, mediante auto fechado 13 de junio de 2016, al encontrar acreditada la causal de nulidad invocada, declaró fundado el impedimento manifestado por el señor Consejero de Estado doctor Roberto Augusto Serrato Valdés para intervenir en el proceso de la referencia, motivo por el cual se relevará de participar en el trámite y decisión adoptados por la Sala al expediente objeto de examen de legalidad.

### **5.2.2. En cuanto a la vigencia del acto administrativo parcialmente demandado**

En el presente caso la Resolución 03099 del 19 de agosto de 2008, fue expresamente derogada por el artículo 27 de la Resolución 00000548 de febrero 12 de 2012 *“Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos, se establece el procedimiento de radicación, reconocimiento y pago de recobros ante el Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga– y se dictan otras disposiciones aplicables durante el período de transición de que trata el artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 2010”*, expedida por el Ministro de la Protección Social.

No obstante la situación de derogatoria advertida, ha sido unánime y reiterativa la jurisprudencia de esta Corporación en señalar la obligatoriedad del estudio de legalidad de un acto derogado, al considerar lo siguiente:

---

<sup>7</sup> El artículo 150. Causales de Recusación. Son causales de recusación las siguientes:  
(...)

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o **haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público**, perito o testigo.

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

“ello no es óbice para que esta Jurisdicción pueda realizar el estudio de su legalidad, en razón a los efectos que pudo producir durante su vigencia, los cuales continúan amparados por la presunción de legalidad por cuanto es la decisión sobre su validez y no su derogatoria, la que tiene capacidad jurídica de extinguir tales efectos y restablecer el orden jurídico vulnerado.”(Sentencia del 26 de abril de 2013, radicado 11001-03-24-000-2006-00392-00, M.P. Guillermo Vargas Ayala)

Dejando de presente la anterior situación, se procederá al examen de fondo de la disposición normativa acusada.

### **5.3. Delimitación del debate jurídico**

Se contrae en determinar si el Ministerio de la Protección Social de la época hoy Ministerio de Salud y Protección Social, al expedir el supuesto normativo consignado en el párrafo del artículo 6º de la Resolución 03099 de 2008, vulneró los artículos 13, 48 y 49 de la Constitución Política, así como el 188 de la Ley 100 de 1993 y 14 de la Ley 1122 de 2007.

A pesar de que la actora citó como transgredidos los artículos 23 superior y 6º y 25 del CCA, lo cierto es que respecto de estas últimas disposiciones no fundamentó el concepto de la violación, motivo por el que la Sala se abstendrá de efectuar pronunciamiento sobre estas supuestas vulneraciones.

De acuerdo con la fundamentación de los cargos de la demanda de nulidad contra la norma acusada, observa la Sala que se encuentran edificados sobre dos temáticas: i) la primera relativa al desconocimiento del valor de la cosa juzgada, en vista de que la decisión adoptada en el acto parcialmente demandado, se apartó de los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en las sentencias C-316 y C-463 ambas de 2008, mediante las cuales declararon la exequibilidad del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2008, al afirmar que no solo la parte resolutive de dichos fallos constituye cosa juzgada sino también la ratio decidendi los mismos.

Al margen de la importancia que tiene el valor del precedente jurisprudencial citado por la accionante, lo cual resulta una realidad incuestionable, lo que se observa es que la filosofía que orienta la prestación del servicio público de salud no puede mirarse de modo absoluto de manera tal, que a la administración le esté vedado pronunciarse o incluso trazar algunos límites con tal de lograr que su cubrimiento pueda abarcar a la mayoría de la población que lo requiera. Bajo esta óptica es como considera la Sala debe analizarse el cometido trazado en el supuesto normativo del párrafo acusado.

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

La segunda óptica de la demanda, alude a la sustentación de la violación de las normativas constitucionales y legales invocadas como vulneradas, al considerar que el supuesto fáctico y de derecho del párrafo del artículo 6º de la Resolución 003099 de 2008 contraría el ordenamiento legal, en la medida en que en últimas lo que está imponiendo es un límite para el acceso a la prestación de los servicios de salud siendo que se trata de un derecho fundamental, no obstante la autorización de los procedimientos médicos en que incurran las EPS que han tenido que sufragarlos, bien porque fueron autorizados por el Comité Técnico Científico o por vía judicial mediante las órdenes impartidas por las numerosas acciones de tutela.

En todo caso la demandante es reiterativa en afirmar, que la ilegalidad del párrafo acusado deviene por el hecho de que constituye una restricción a la autorización efectiva de un servicio médico que está excluido del Plan Obligatorio de Salud, por lo que antes que facilitar la implementación de la doctrina constitucional constituye una barrera para el efectivo desarrollo el derecho fundamental a la salud, en lo que tiene que ver con el acceso a los servicios no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud y, en un requisito imposible de cumplir por parte de las EPS para efectuar el recobro al FOSYGA pues según la actora: *“Si nos atenemos a lo dicho por la Resolución 3099 de 2008, prácticamente todos los servicios por fuera del POS son imposibles de autorizar por CTC, pues el listado de servicios excluidos expresamente, tal como puede leerse, es sumamente amplio”*.

Siendo ello así, para poder desarrollar las anteriores censuras de ilegalidad, resulta imperioso determinar cuál es a ciencia cierta el tema desarrollado y que es objeto de reproche mediante la presente demanda de nulidad.

Consultado el contenido del artículo 6º de la Resolución 03099 de 2008, se observa en primer lugar, que el encabezado de la norma contempla un supuesto fáctico de exclusión, al señalar que el Comité Técnico-Científico deberá tener en cuenta una serie de criterios que enlista la propia norma, para la evaluación, aprobación o desaprobación de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud, **que no se encuentren incluidos tanto en el Manual de Medicamentos, como en el Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud.**

**En vista de que la accionante fue enfática en demandar únicamente el**

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

**parágrafo de esta disposición legal, a la Sala le está vedado efectuar pronunciamiento alguno sobre la legalidad del encabezado o primer inciso del artículo 6° de la Resolución 03099 de 2008, por lo que el presente pronunciamiento -se insiste-, recaerá únicamente frente al parágrafo.**

Por su parte, el parágrafo objeto de nulidad determina de manera perentoria lo siguiente: *“En ningún caso el Comité Técnico-Científico podrá aprobar tratamientos experimentales ni aquellos medicamentos que se prescriban para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones que se encuentren expresamente excluidos de los Planes de Beneficios conforme al artículo 13 y 18 de la Resolución 5261 de 1994 y demás normas que la adicionen, modifiquen o deroguen”*. (Negritas fuera de texto)

Nuevamente siguiendo el espíritu de la norma, se encuentra que el contexto en que se desarrolla el supuesto fáctico y normativo al que alude el parágrafo, es el de la excepcionalidad o exclusión, en la medida en que el propio legislador previó que en aras de lograr una cobertura general para la prestación de la seguridad social en nuestro país, fueran excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS algunos medicamentos, tratamientos y servicios.

Siendo ello así, lo que procede determinar es si incurrió o no en transgresión constitucional y legal, por el hecho de que el Comité Técnico-Científico no autorice bajo ninguna circunstancia pues no de otra manera se le puede dar alcance a la expresión “En ningún caso”, aquellos que son denominados tratamientos experimentales ni aquellos que están excluidos de los Planes de Beneficios en los términos de los artículos 13 y 18 de la Resolución 5261 de 1994.

En cuanto a los tratamientos experimentales resulta importante tener en consideración los pronunciamientos más importantes proferidos por la Corte Constitucional, en torno al tema. Es así como, en Sentencia T- 597 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, se dijo lo siguiente:

“Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación. Esta acreditación proviene por lo general de dos fuentes distintas. Por una parte, existe una forma de validación informal, que lleva a cabo la comunidad científica y por otra, una validación formal, expedida por entidades especializadas en acreditación, que pueden ser internacionales, gubernamentales o privadas. Dentro de estos procesos de acreditación científica se estudian tanto las explicaciones analíticas de los procedimientos, como los resultados empíricos, es decir, se evalúa la forma de medición

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

estadística de la efectividad de los resultados del respectivo tratamiento. Por definición, los tratamientos médicos experimentales son aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.

El margen de incertidumbre respecto de la efectividad de un procedimiento experimental impide que se lo pueda considerar como un sustituto de procedimientos terapéuticos acreditados, pero excluidos del Plan Obligatorio de Salud. El derecho a la salud, y específicamente el acceso al servicio de recuperación de la salud, implican que las personas tengan acceso a aquellos servicios de salud cuyo nivel de efectividad sea determinable. Ello significa que un tratamiento considerado experimental, o que no haya sido aceptado por la comunidad médica como una alternativa terapéutica válida para una determinada afectación de la salud, no resulta aceptable ni es susceptible de financiación con cargo a los recursos del sistema”.(subrayas fuera de texto)

Posteriormente mediante sentencia T-1330 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional determinó que en principio, resultaba razonable que el sistema de seguridad social en salud no tuviera que asumir costosos tratamientos experimentales, pero que en todo caso se podían establecer algunas excepciones, al afirmar:

“No obstante, 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”.(subrayas del Despacho)

Mediante sentencia T-180 de 2013 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la alta corporación judicial determinó que un procedimiento que se encuentra en etapa experimental, no puede desplazar los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, porque precisamente no se encuentran acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud, pero una vez más es consciente la Corporación en reconocer que hay excepciones frente al tema, al afirmar:

“cuando existan dudas, considera la Sala que le corresponde a los Comité Técnicos Científicos con la intervención de los médicos especialistas en oncología, quienes deben evaluar el acceso a dichos procedimientos como parte del servicio de salud, teniendo en cuenta que precisamente tienen el conocimiento especializado de la ciencia médica, dedicado a establecer la validez terapéutica, efectividad y riesgos de los mismos.”

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

De acuerdo con las anteriores citas jurisprudenciales, encuentra la Sala que ha sido uniforme la Corte Constitucional en reconocer que los tratamientos experimentales no pueden desplazar los tratamientos terapéuticos que estén incluidos en el POS, **pero que en todo caso pueden darse situaciones excepcionales en las que no obstante no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, pueden ser autorizados algunos tratamientos experimentales por el respectivo Comité Técnico Científico, dada la necesidad del mismo y en aras de garantizar el aseguramiento del derecho a la salud del afectado.** Lo anterior, al ser consciente de la obligatoriedad de amparar dichos tratamientos vía judicial, ante las numerosas tutelas que se han instaurado y que han sido objeto de protección por los jueces de la República.

En sentencia T-057 del 12 de febrero de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, al reconocer y ordenar se practicara un tratamiento experimental, estableció:

“En conclusión, al momento de examinar la viabilidad de ordenar, por vía de amparo, el suministro de un tratamiento, procedimiento o medicamento de naturaleza experimental, se debe revisar si no existe un sustituto válido en el POS. Importa igualmente revisar los conceptos emitidos por el médico tratante y, llegado el caso, por los correspondientes Comités Técnicos Científicos. De igual manera, se deberá tomar en consideración los costos que implique el tratamiento, tanto más y en cuanto se pretenda realizar en el exterior”.

Por su parte, esta misma Sección, al denegar las pretensiones de nulidad contra el literal a) del artículo 6° de la Resolución 3099 del 19 de agosto de 2008<sup>8</sup>, es decir, del mismo acto administrativo que es objeto del presente pronunciamiento, expuso lo siguiente en la sentencia del 9 de diciembre de 2010 radicado 11001032400020080036800 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta:

“Por otra parte, no es válido señalar que la norma en cuestión haya establecido una restricción o una limitación indebida al derecho que tienen los pacientes de acceder a los servicios de salud o al suministro de medicamentos que se “requieran con necesidad”, pues lo que en ella se dispone en realidad no constituye un obstáculo para que en las circunstancias excepcionales y

---

<sup>8</sup> “**Artículo 6°. Criterios para la evaluación, aprobación o desaprobación.** El Comité Técnico-Científico deberá tener en cuenta para la evaluación, aprobación o desaprobación de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud, no incluidos tanto en el Manual de Medicamentos, como en el Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, los siguientes criterios:

a) La prescripción de medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud, no incluidos en el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud solo podrá realizarse por el personal autorizado de la entidad administradora de planes de beneficios. No se tendrán como válidas transcripciones de prescripciones de profesionales que no pertenezcan a la red de servicios de cada una de ellas;

concretas mencionadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, se puedan ordenar servicios o prescribir medicamentos no incluidos por el POS, teniendo como fundamento el concepto emitido por un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar su prestación o suministro, siempre que unos y otros sean “requeridos con necesidad”, esto es, cuando sean indispensables para sortear situaciones excepcionales de urgencia manifiesta, en las cuales se encuentre seriamente comprometida, la vida, la salud y la dignidad humana de los pacientes.

No sobra añadir a lo anterior, que de llegar a acogerse la tesis expuesta por la demandante, se pondría en entredicho la estabilidad y la supervivencia misma del Sistema de Seguridad Social en Salud, al introducir un elemento perturbador, contrario a la normatividad que lo regula y que bien puede llegar a determinar su descalabro financiero. Por lo anterior, la Sala considera acertada la afirmación aportada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando menciona que solo por vía de excepción y en casos de extrema urgencia se puede admitir que los afiliados acudan a otros médicos particulares y que sus prescripciones sean autorizadas por la Entidad Promotora de Salud respectiva. Ha de quedar en claro entonces que ni el ordenamiento jurídico ni la jurisprudencia de la Corte Constitucional han señalado en ningún momento que los usuarios de la salud puedan acudir discrecionalmente en cualquier circunstancia a los médicos particulares de su predilección, pues ello resultaría contrario a las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y atentaría gravemente contra la pervivencia y la continuidad del sistema de aseguramiento que se regula en sus preceptos.

Las restricciones anteriormente apuntadas se explican por la necesidad de garantizar la viabilidad y la continuidad del Sistema, preservando la estabilidad económica del mismo y la de los agentes prestadores de tales servicios. Es por ello que, en principio, las EPS tan solo están obligadas a prestar los servicios y a suministrar los medicamentos incluidos en el POS en los términos de la ley y demás disposiciones reglamentarias. Con todo, en los casos excepcionales antes mencionados, se admite en nombre de la solidaridad y de la prevalencia de los derechos fundamentales, la posibilidad de que se prescriban otros servicios y medicamentos por fuera del POS y que incluso sean ordenados por profesionales de la salud no vinculados a las EPS.

Aparte de las consideraciones anteriormente mencionadas, que aluden al tema de la estabilidad financiera del sistema, la Sala considera que la disposición acusada consulta plenamente los principios que rigen la función pública establecidos en el inciso 1° del artículo 209 de la Carta Política de 1991,<sup>9</sup> en tanto y en cuanto responden a la necesidad de concretar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en la prestación del servicio.

Además de lo expuesto, no puede soslayarse que según las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y demás normas reglamentarias, el Plan Obligatorio de Salud es un conjunto básico de servicios de atención en salud al cual tienen derecho todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y sus beneficiarios, a cuya prestación, en caso de necesitarlos, están obligadas las Entidades Promotoras de Salud.

Es bien conocido que a los regímenes contributivo y subsidiado establecidos en las disposiciones de la Ley 100 de 1993, les corresponde un plan de beneficios bien delimitado (*léase procedimientos médicos, quirúrgicos y terapéuticos y el suministro de medicamentos*), denominado Plan Obligatorio

---

<sup>9</sup> **Artículo 209 de la Constitución Política.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

de Salud –POS-, en el cual se especifica el conjunto básico de beneficios que de él forman parte, para garantizar la protección integral de los pacientes en los casos de enfermedad general y maternidad, en las fases de promoción y fomento de la salud, y asegurar la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que defina la Comisión Reguladora en Salud, de acuerdo con la competencia atribuida por el artículo 172 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007. Por lo mismo, se trata de un plan de beneficios limitados que cubre ciertas patologías.” (subrayas fuera de texto)

Cotejados los anteriores derroteros jurisprudenciales frente al caso sub judice, considera la Sala que no obstante la realidad en el sentido de que excepcionalmente vía acción de tutela se han autorizado tratamientos experimentales -sólo cuando la recuperación de la salud y la calidad de vida de un paciente lo exija-, igualmente lo es que dicha regla excepcional no se puede volver la regla general como lo pretende la demandante.

Lo anterior, teniendo de presente que para la Sala, la situación normativa prevista en el párrafo del artículo 6º de la Resolución 03099 de 2008, no contraviene el ordenamiento jurídico por el hecho de que se les hubiera prohibido a los comités técnicos científicos de las Empresas Promotoras de Salud EPS, que autorizaran tratamientos experimentales, teniendo de presente que se trata del suministro de servicios y procedimientos que no gozan de efectividad determinable por parte de la comunidad científica, aunado al alto costo en que incurrir lo cual afectaría el equilibrio del sistema de seguridad social en salud.

La Sala acoge los planteamientos del Delegado del Ministerio Público, en el sentido de que dicha prohibición se justifica teniendo de presente que el derecho a la salud en conexidad con el de la vida debe ser el objetivo primordial que justifique la autorización de un tratamiento experimental y, en la medida en que su nivel de efectividad es dudoso precisamente porque no ha terminado su fase de comprobación científica, resulta ajustado a derecho el que dichos experimentos sean prohibidos con el fin de evitar precisamente efectos colaterales y hasta negativos, en el estado de salud del paciente con el fin de prevenir que su estado de salud se empeore.

De otra parte, contrario a lo esgrimido por la demandante, la norma enjuiciada consulta los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que orientan la prestación del servicio público de seguridad social, por cuanto le corresponde al Ministerio de la Protección Social, entre otras funciones, la de dirigir, organizar y reglamentar la prestación eficiente de dicho servicio a todos los habitantes del

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

territorio nacional y, en la medida en que invierta altas sumas de dinero en autorizar tratamientos experimentales para uno o un reducido número de pacientes, no se dará cumplimiento a los principios orientadores del sistema y si en cambio, como ya se dijo puede llegar a desequilibrar económicamente el sistema.

Igualmente comparte la Sala el punto de vista fiscal, en el sentido de que la norma no debe ser declarada nula en la medida en que no contraviene el ordenamiento constitucional ni legal, sino que lo que corresponderá es que en cada caso concreto en el que excepcionalmente se ordene al comité técnico científico vía tutela que autorice un tratamiento experimental, recurrir a la figura de la inaplicación de los Manuales de Servicios y Procedimientos y de los Manuales de Medicamentos POS que contienen la exclusión de este tipo de tratamientos.

Así mismo la Sala encuentra, que no se puede perder de vista la naturaleza que tienen los comités técnicos científicos, al ser considerados instancias eminentemente administrativas, tal y como lo consideraron los fallos de la Corte Constitucional invocados en la parte motiva del propio acto acusado, razón por la que se debe partir de la convicción de que las decisiones adoptadas por los comités fueron previamente evaluadas por especialistas de la rama de la medicina y epidemiólogos clínicos. De allí que la negativa en la aprobación o desaprobación de medicamentos y tratamientos experimentales o de aquellos no contemplados en los Planes de Beneficios o POS, está soportada en decisiones provenientes de personal que cuenta con la experiencia y conocimiento suficiente para adoptar dichas decisiones.

Confirma la decisión que en la presente providencia se adopta de denegar las pretensiones de la demanda, el espíritu que orientó la expedición de la Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015 *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*, que en el artículo 15 taxativamente prohibió que los recursos públicos asignados a la salud no se podrán destinar para sufragar, entre otros tratamientos, aquellos en los que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica y en los tratamientos experimentales. La norma en cita establece lo siguiente:

**“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

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

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.” (negritas y subrayas fuera de texto)

Por otra parte, en lo que tiene que ver con los medicamentos que se prescriban para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones que se encuentren expresamente excluidos de los Planes de Beneficios conforme a los artículos 13 y 18 de la Resolución 5261 de 1994, resulta necesario revisar cuáles son los que se encuentran enlistados en estas disposiciones legales:

**“RESOLUCION NUMERO 5261 DE 1994**  
(Agosto 5)

Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. EL MINISTRO DE SALUD En uso de sus facultades legales, especialmente las conferidas por la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1292 de 1994 y

(...)

ARTICULO 13. FORMULACION Y DESPACHO DE MEDICAMENTOS. La receta deberá ceñirse a los medicamentos autorizados en el MANUAL DE MEDICAMENTOS Y TERAPEUTICA, sin que por ningún motivo se admitan excepciones, salvo que el usuario los pague como parte de un plan complementario. La receta deberá incluir el nombre del medicamento en su presentación genérica, la presentación y concentración del principio activo, la vía de administración y la dosis tiempo respuesta máxima permitida, la que no podrá sobrepasarse salvo que la Entidad Promotora de Salud lo autorice. No se reconocerán recetas que contengan artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos, líquidos para lentes de contacto, tratamientos capilares, champús de ningún tipo, jabones, leches, cremas hidratantes, antisolares o para las manchas en la piel, drogas para la memoria o la impotencia sexual, edulcorantes o sustitutos de la sal, anorexígenos, enjuagues bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental.

(...)

ARTICULO 18. DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:

- a. Cirugía estética con fines de embellecimiento.
- b. Tratamientos nutricionales con fines estéticos.
- c. Tratamientos para la infertilidad.
- d. Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico científicas a nivel mundial o aquellos de carácter experimental.
- e. Tratamientos o curas de reposo o del sueño.
- f. Medias elásticas de soporte, corsés, fajas, plantillas, zapatos ortopédicos, sillas de ruedas, lentes de contacto. Los lentes se suministrarán una vez cada cinco años en los adultos y en los niños una vez cada año, siempre por prescripción médica y para defectos que disminuyan la agudeza visual.
- g. Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizadas en el Manual de Medicamentos y Terapéutica.
- h. Tratamiento con drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad.
- i. Trasplante de órganos. No se excluyen aquellos como el trasplante renal, de médula ósea, de córnea y el de corazón, con estricta sujeción a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas Guías Integrales de Atención.
- J. Tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis o psicoterapia prolongada. No se excluye la psicoterapia individual de apoyo en la fase crítica de la enfermedad, y solo durante la fase inicial; tampoco se excluyen las terapias grupales. Se entiende por fase crítica o inicial aquella que se puede prolongar

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

máximo hasta los treinta días de evolución.

k. Tratamiento para varices con fines estéticos.

i. Actividades, procedimientos e intervenciones para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación. Podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la incomodidad y la disfuncionalidad o terapia de mantenimiento. Todas las actividades, intervenciones y procedimientos deben estar contemplados en las respectivas Guías Integrales de Atención.

j. Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas.

k. Prótesis, ortodoncia y tratamiento periodontal en la atención odontológica.

i. Actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en el presente Manual.”

Luego de analizados las anteriores disposiciones legales, observa la Sala que lejos de vulnerar el ordenamiento constitucional y legal, realiza los principios orientadores del sistema de seguridad social en salud, como quiera que resulta proporcional y razonable que el acto acusado hubiera determinado que el Comité Técnico Científico no apruebe ninguna de las actividades, procedimientos e intervenciones relacionados en los artículos 13 y 18 de la Resolución 5261 de 1994, como quiera que esta decisión ya había sido adoptada por otro acto administrativo aunado al hecho de que se trata de intervenciones que por ser de naturaleza cosmética, estética y suntuaria de manera alguna se pueden considerar que de ser negadas o excluidas por el Comité Técnico Científico, se está atentando contra el derecho a la salud en conexidad con el de la vida de quienes los requieran.

Con fundamento en estas breves consideraciones, respecto de este segundo supuesto normativo no se acogen las súplicas de la demanda, por lo que se ha de entender que el espíritu de la norma es que el Comité Técnico Científico si podrá negar aquellos medicamentos que se prescriban para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones que se encuentren expresamente excluidos de los Planes de Beneficios conforme a los artículos 13 y 18 de la Resolución 5261 de 1994, tal y como así se dispondrá en la parte resolutive de la presente decisión.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

Expediente: 11001032400020080036900  
Actora: Marcela Ramírez Sarmiento

**DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda de nulidad, en contra del párrafo del artículo 6º de la Resolución 03099 de 2008, de acuerdo con las consideraciones esgrimidas en la parte motiva de este fallo.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA