



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

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

CONSEJERA PONENTE (E): NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Radicación: 11001-0324-000-2010-000280-00
Referencia: Nulidad
Actora: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez
Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)
Tema: Se decide la legalidad de las resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, expedidas por el Ministerio de la Protección Social.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide, en única instancia, la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo¹ promovió la señora Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez contra las **resoluciones núms. 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010**, ambas expedidas por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social.

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

1. En ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA, la señora Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez instauró demanda en contra de las **resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010**, mediante las cuales “[...] se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos [...]”, ambas expedidas por el Ministerio de la Protección Social.

I.1.2. Las normas violadas

¹ En adelante CCA.



2. La demandante invocó como infringidos los siguientes artículos: i) 13, 48 y 121 de la Constitución Política; ii) 156 y 173 de la Ley 100 de 1993² y, iii) 7 y 182 de la Ley 1122 de 2007³.

1.1.3. El concepto de la violación

1.1.3.1. Primer argumento. “FALTA DE COMPETENCIA PARA EXPEDIR LAS RESOLUCIONES”

3. Sostuvo que “[...] el Ministerio de la Protección Social no era competente para expedir las resoluciones que se demandan, y que por lo mismo usurpó funciones que se encuentran en cabeza de otros organismos estatales por lo que las resoluciones inevitablemente deben ser retiradas del ordenamiento jurídico”.

4. Añadió que el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, norma que fue invocada como el fundamento normativo para expedir las **resoluciones núms. 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010**, señala que el Ministerio de Salud tiene asignada la función de formular y adoptar, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las políticas, estrategias, programas y proyectos para el sistema general de seguridad social en salud; sin embargo, dicha facultad no autoriza a la cartera de salud para regular, sea de forma directa o indirecta, los servicios a cargo de las EPS.

5. Igualmente, porque el numeral 7 del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007 dejó en cabeza de la Comisión de Regulación en Salud la competencia para “[...] definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizará a los afiliados” y, no en el Ministerio de la Protección Social.

6. Refirió que las resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010 fueron expedidas por el Ministerio de la Protección Social con fundamento en el Decreto Legislativo 4975 de 2009 “*Por el cual se declara el estado de emergencia social*”, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-252 de 2010, y agregó que la declaratoria de inconstitucionalidad tuvo efectos inmediatos hacia el futuro, con excepción de aquellas normas que establecieron fuentes tributarias de financiación, en cuyo caso el efecto de la declaratoria de inexecutable fue diferido.

7. En igual sentido, aludió a que la Corte Constitucional, en sentencia C-288 de 2010, señaló que el Decreto Legislativo 128 de 21 de enero de 2010 “*Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones*” devino en inconstitucional, en virtud del fenómeno denominado “*inconstitucionalidad por consecuencia*”, al haber desaparecido del ordenamiento

² «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones».

³ «Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones».



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

jurídico el fundamento normativo que sirvió de sustento para su expedición, esto es, el decreto declaratorio del estado de emergencia social.

8. De este modo, estima que desapareció del ordenamiento jurídico la facultad del Ministerio de la Protección Social para expedir las Resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010.

9. En síntesis, a su juicio, “[...] es claro que el Ministerio de la Protección Social no es competente para expedir normas que establezcan tarifas o precios de medicamentos ni en virtud del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, ni en virtud del Decreto Legislativo 128 de 2010”.

1.1.3.2. Segundo argumento. “LAS RESOLUCIONES QUE SE DEMANDAN ATENTAN CONTRA LA VIABILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD”

10. Manifestó que la Ley 1122 de 2007 determinó que el valor de los recobros de los medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud debía ser asumido por el Estado, específicamente, por el Fondo de Solidaridad y Garantías - FOSYGA.

11. Anotó que la Corte Constitucional, en sentencia C- 463 de 2008, señaló que el Estado se encuentra obligado jurídicamente a destinar las partidas presupuestales necesarias dentro del gasto público para el cubrimiento de las necesidades básicas en salud de la población colombiana, lo cual también incluye las prestaciones en salud no incluida en el Plan Obligatorio de Salud, POS ordenadas por el médico tratante que sean necesarias para restablecer la salud de las personas, las cuales deben ser cubiertas por el Fosyga en el Régimen Contributivo y las entidades territoriales en el Régimen Subsidiado, y ello precisamente con la finalidad de lograr el equilibrio del sistema en salud.

12. A juicio de la actora, el citado fallo de constitucionalidad no autoriza a que el cubrimiento de las prestaciones en salud no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, POS, ordenada por el médico tratante se haga de manera parcial, o en especie y cualquier norma que impida el reembolso total de dichos servicios o que introduzca un desequilibrio en el sistema sería contraria a la ley.

13. La actora plantea que la reposición en especie de medicamentos puede conllevar a un despilfarro de los recursos si, por ejemplo, el médico tratante determina que el paciente no requiere de esos medicamentos, o fallece o es retirado o trasladado de la EPS, en cuyos eventos la EPS terminaría pagando no solo por los medicamentos que ya suministró, sino por el nuevo tratamiento prescrito, quedando el medicamento reembolsado sujeto a un nuevo paciente que lo requiera antes de la fecha de su expiración.



14. Por último, indicó que se podrían generar incentivos perversos para que las EPS acumulen medicamentos con el fin de recuperar recursos invertidos, sin que ello impacte de manera positiva en la salud de los pacientes.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

15. El Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social por conducto de apoderada judicial contestó de manera oportuna la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

16. Precisó que la seguridad social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, es un servicio público de carácter obligatorio que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

17. Argumentó que los actos demandados fueron expedidos en desarrollo de los principios que orientan la Seguridad Social en Salud los cuales buscan garantizar y proteger el sistema de salud de todos los habitantes del territorio nacional y, contrario a lo afirmado por la demandante, propenden por la sostenibilidad del sistema de salud, pues de esta manera se busca estandarizar los precios del recobro de los medicamentos.

18. Señaló que la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 21 de octubre de 2011, con ponencia de Rafael E. Ostau de Lafont, reconoció la competencia del Ministerio de Salud para establecer el procedimiento y señalar los requisitos para el recobro de los medicamentos ante el FOSYGA, en tanto que dicha atribución encuadra dentro de la facultad prevista en el numeral 3° del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, relativa a “[...] 3. Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las Entidades Promotoras de Salud, por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud”.

19. Finalmente, hizo alusión a las normas que sirvieron de sustento para la expedición de las **resoluciones núms. 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010**, y, de manera particular, refirió al artículo 173 de la Ley 100 de 1993; al artículo 6° del Decreto-Ley 205 de 2003 y; al artículo 13 de la Ley 1122 de 2007.

III. TRÁMITE DEL PROCESO, ACTUACIONES SURTIDAS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

20. Mediante auto de 25 de marzo de 2011⁴ se admitió la demanda de nulidad y posteriormente según proveído de 23 de enero de 2012, se declaró desistida la demanda, dando aplicación a lo previsto en el numeral 4° del artículo 65 de la Ley

⁴ Folios 62 a 64 del Cuaderno principal.



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00
Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez
Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

1395 de 2010 *“Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”*, norma que establece que, si dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo fijado para cubrir los gastos procesales no se acredita el pago correspondiente, se entiende que el actor ha desistido de la demanda y se procederá en forma inmediata a su archivo.

21. En contra de la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de súplica, el cual fue resuelto por la Sala, mediante auto de 14 de febrero de 2013, en el sentido de revocar la providencia recurrida y, en consecuencia, ordenó al magistrado sustanciador requerir a la actora para que acredite el pago de los gastos procesales, so pena de dar aplicación al artículo 65 de la Ley 1395 de 2010.

22. En cumplimiento de lo anterior, en auto de 28 de enero de 2014, se requirió a la demandante con el fin de que acreditara el pago de los gastos procesales; exigencia que fue satisfecha en su oportunidad, según documentos obrantes a folios 109 a 110 del expediente.

23. Mediante auto de 25 de mayo de 2016 se abrió el proceso a pruebas y, en esa misma providencia, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y, al señor agente del Ministerio Público para que rindiera concepto, oportunidad dentro de la cual la parte demandante y la parte demandada guardaron silencio. El señor agente del Ministerio Público rindió concepto de manera oportuna.

24. El señor **Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa** pidió denegar las pretensiones de la demanda.

25. Señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 6° del Decreto-Ley 205 de 2002 *“Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del entonces Ministerio de la Protección Social y se dictan otras disposiciones”*, el Ministerio de Salud goza de la atribución para i) dictar las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo, que son de obligatorio cumplimiento por todas las entidades promotoras de salud y por las instituciones prestadoras de servicios de salud pertenecientes al sistema general de seguridad social en salud y, ii) expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para esas mismas entidades.

26. En esa medida, el señor Procurador estimó que los actos acusados fueron expedidos por el Ministerio de Salud, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, titular de la facultad reglamentaria de segundo grado, en ejercicio de las atribuciones conferidas en las normas citadas *ut supra*.



IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

27. Esta Sala de Decisión, para desatar la presente controversia, abordará: i) la competencia; ii) el problema jurídico; iii) los actos demandados; iv) cuestiones previas, v) análisis del caso en concreto y, vi) las conclusiones.

IV.1. Competencia

28. Esta Sala de Decisión es competente para decidir esta controversia en virtud de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019⁵ que establece la distribución de asuntos entre las distintas Secciones de esta Corporación.

IV.2. Problema jurídico

29. Previo a delimitar el problema jurídico, la Sala debe señalar que la demanda constituye el acto procesal en virtud de la cual se fija el objeto del litigio, los elementos fácticos y jurídicos⁶ y constituye el instrumento idóneo para activar el aparato jurisdiccional y, por lo tanto, para que se considere apta debe cumplir los requisitos enunciados en los artículos 137 y 139 del CCA, entre los cuales, se enlista la identificación de lo que se demanda.

30. De otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido el poder-deber de los jueces de interpretar la demanda con el fin de salvaguardar el derecho de acceso a la administración de justicia y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal extrayendo el verdadero alcance y sentido de quien acude a la jurisdicción. En este sentido, esta Corporación, en providencia de 12 de marzo de 2020⁷, puntualizó:

“[...] Resulta relevante señalar, que le compete al juez como director del proceso ser garante del derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, para lo cual, la ley lo dotó de la potestad de interpretar de manera integral el escrito de demanda extrayendo el verdadero sentido de las pretensiones deprecadas por quien acude a la jurisdicción. Así, corresponde a quien instruye un proceso verificar con detalle y detenimiento los elementos estructuradores de la causa petendi de la mano con los razonamientos jurídicos y las pruebas con lo pretendido, los cuales deben ser analizados de manera armónica, de modo tal, que pueda desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración sin sacrificar las razones de quien busca una determinación material de su situación en conflicto [...]”.

31. Dicho lo anterior, la Sala advierte que, en el caso en concreto, si bien es cierto que la señora Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez en el acápite de las pretensiones del escrito inicial dirigió su acusación en contra de la expresión

⁵ “Por el cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado”.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de septiembre de 2021, radicado: 25269-33-31-001-2007-00315-01 (66429), MP: Marta Nubia Velásquez Rico.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 12 de marzo de 2020, radicado: 76001-23-33-000-2020-00003-01, MP: Rocío Araújo Oñate.



“Reposición de los medicamentos recobrados. El Fosyga, a través de Coprecom, podrá efectuar el reembolso de los medicamentos, mediante la reposición en especie de los mismos”, contenida en el artículo 4° de las resoluciones núms. 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, mediante las cuales “[...] se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos [...]”, ambas expedidas por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, no es menos cierto que de los cargos de la demanda se puede advertir que estos se dirigieron a controvertir, de manera íntegra, la legalidad de los referidos actos administrativos.

32. En efecto, interpretado el escrito inicial de la demanda se vislumbra que la actora, al desarrollar el cargo de nulidad por falta de competencia señaló, de modo expreso, que “[...] el Ministerio de la Protección Social **no era competente para expedir las resoluciones que se demandan**, y que por lo tanto usurpó funciones que se encuentran en cabeza de otros organismos estatales, por lo que las resoluciones inevitablemente, deben ser retiradas del ordenamiento jurídico [...] es claro que el Ministerio de la Protección Social no es competente para expedir normas que establezcan tarifas o precios máximos de medicamentos, ni en virtud del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, ni en virtud del Decreto Legislativo 128 de 2010”.

33. En esta medida, y con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, la Sala procederá a estudiar si las resoluciones núms. 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, mediante las cuales “[...] se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos [...]” fueron expedidas por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social sin competencia para ello y si los citados actos administrativos atentan contra la viabilidad financiera del sistema.

34. Lo anterior se acompasa con la interpretación efectuada por la cartera de la protección social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, entidad que, al ejercer su derecho de defensa y de contradicción, en el escrito de contestación de la demanda señaló lo siguiente:

*“[...] El libelista afirma que las Resoluciones demandadas atentan contra la viabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto le asiste al Estado el deber de cubrir los costos de las pretensiones no financiadas por la UPC. [...] **De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, tanto la Resolución 649 del 22 de febrero de 2010 como la resolución 1265 del mismo año se expidieron en desarrollo de los principios que orientan la Seguridad Social en Salud y contrario a lo afirmado por la demandante, propenden por la Sostenibilidad del Sistema de Salud, procurando estandarizar los precios del recobro de los medicamentos que en ocasiones se recobran por valores excesivos que superan ampliamente el precio comercial de los mismos**”. (Destacado fuera del texto)*



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

35. Precisado lo anterior, previo a estudiar el fondo del asunto la Sala analizará, a modo de cuestiones previas, lo siguiente:

- Si en el presente caso resulta procedente declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada frente a lo decidido por la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 26 de septiembre de 2019⁸ y;
- Si la declaratoria de inexecutable de los Decreto Legislativos 4975 de 2010 “*Por el cual se declara el estado de emergencia social*”, y 128 de 21 de enero de 2010 “*Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones*”, mediante sentencias C-252 de 16 de abril de 2010⁹ y C-288 de 21 de abril de 2010¹⁰ de la Corte Constitucional, respectivamente, normas que a su vez sirvieron de fundamento para expedir las Resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, enerva la posibilidad de que esta jurisdicción se pronuncie sobre la legalidad de los actos acusados.

IV.3. Los actos demandados

36. En el presente caso se pretende controvertir la legalidad de los siguientes actos administrativos:

(i). La **Resolución 649 de 22 de febrero de 2010**, “*Por medio de la cual se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos*”, acto administrativo expedido por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, el cual es del siguiente tenor:

“RESOLUCIÓN 649 DE 2010
(febrero 22)

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

“Por medio de la cual se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos”

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 y por el artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 2010, y

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo establecido por el numeral 3 del artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 2010, se establece que para el reconocimiento de los recobros por prestaciones excepcionales en salud que sean efectuadas

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicado: 11001-03-24-000-2010-00279-00, actora: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez, demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social), MP: Hernando Sánchez Sánchez.

⁹ Sentencia C- 252 de 16 de abril de 2010 de la Corte Constitucional, MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰ Sentencia C- 288 de 21 de abril de 2010 de la Corte Constitucional, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

durante el período de transición, se aplicarán las tarifas y precios publicados en la página web del Ministerio de la Protección Social.

Que el Ministerio de la Protección Social y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "Caprecom", adelantaron convenio interadministrativo, en el cual Caprecom tiene como función "Coordinar el acceso a servicios de salud no incluidos en el plan de beneficios –suministro de insumos y medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud– e igualmente, la prestación de estos servicios".

Que en el marco del anterior convenio se ha logrado adelantar la negociación centralizada del precio de algunos medicamentos correspondientes a prestaciones excepcionales en salud,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1° PRECIO DEL RECOBRO. *En virtud de lo establecido por el Decreto Legislativo 128 de 2010, fijese el valor máximo del recobro para los siguientes medicamentos:*

Principio Activo: Etanercept

a) Medicamento: Entre

Concentración: 50 mg

Presentación: Caja x 4 jeringas prellenadas

Valor máximo del Recobro (por vial): \$737.183,83

b) Medicamento: Enbrel

Concentración: 25 mg

Presentación: Caja x 4 vial polvo y solvente para solución inyectable y/o jeringas prellenadas

Valor máximo del recobro (por vial): \$376.114,20

c) Medicamento: Etanar

Concentración: 25 mg

Presentación: Polvo para inyección, caja x 4 Viales

Valor máximo del Recobro (por vial): \$290.521,00

PARÁGRAFO. *El valor máximo del recobro establecido en el presente artículo incluye el costo o margen de administración de los productos relacionados anteriormente.*

ARTÍCULO 2° DISPENSADOR DEL MEDICAMENTO. *A partir del 15 de marzo del presente año, Caprecom suministrará los medicamentos indicados en el artículo precedente, a través de su red de dispensación, salvo en los casos en que se requieran para la atención de urgencias, como parte de un proceso de atención intrahospitalaria o si la entidad administradora de planes de beneficios está en condiciones de efectuar el respectivo recobro a un menor valor que el establecido en el artículo anterior, casos en los cuales las entidades administradoras de planes de beneficios serán las responsables de garantizar su oportuno suministro.*

ARTÍCULO 3° VALOR MÁXIMO A RECONOCER POR EL FOSYGA. *<Apartes tachados NULOS¹¹> A partir del 15 de marzo del presente año, cuando se trate de los medicamentos incluidos en la presente*

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 26 de septiembre de 2019, radicado: 11001-03-24-000-2010-00279-00. Actora: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez, demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de la Protección Social). MP: Hernando Sánchez Sánchez.



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

Resolución, el ~~valor máximo de recobro~~ que reconocerá el Fosyga será el menor valor entre el recobrado y aquel establecido en el artículo 1o.

ARTÍCULO 4º REPOSICIÓN DE LOS MEDICAMENTOS RECOBRADOS. El Fosyga, a través de Caprecom, podrá efectuar el reembolso de los medicamentos, mediante la reposición en especie de los mismos.

ARTÍCULO 4o <sic, es 5>. INFORMACIÓN SOBRE LOS PACIENTES. Con el fin de garantizar el acceso de la población, en óptimas condiciones, a los medicamentos relacionados en el artículo 1o de la presente Resolución, las administradoras de planes de beneficios deberán informar a Caprecom, en el formato que para el efecto establezca el Ministerio de la Protección Social y a más tardar el 28 de febrero de 2010, aquellos afiliados a quienes se les ha autorizado el suministro de los citados medicamentos, todos los datos con los que cuente, con el fin de que puedan ser contactados, al tiempo que deberán informarles sobre la nueva forma en la cual podrán acceder al medicamento.

ARTÍCULO 5o. VIGENCIA. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación, afecta las prestaciones ocurridas con posterioridad a su vigencia y deroga la Resolución 547 de 2010 y las demás que le sean contrarias.

Dada en Bogotá D. C., a 22 de febrero de 2010.

Publíquese y cúmplase.

El Ministro de la Protección Social".¹²

(ii). La Resolución 1265 de 13 de abril de 2010, "Por medio de la cual se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos", acto administrativo expedido por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, el cual es del siguiente tenor:

"RESOLUCIÓN 1265 DE 2010

(abril 12)

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Por medio de la cual se establece el valor máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos.

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 y por el artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 2010, y

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo establecido por el numeral 3 del artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 2010, para el reconocimiento de los recobros por prestaciones excepcionales en salud que sean efectuadas durante el período de transición, se aplicarán las tarifas y precios publicados en la página web del Ministerio de la Protección Social.

¹² Las anotaciones que aparecen en la transcripción de la resolución acusada hacen parte del texto original traído de la página web https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/complecion/obcs/resolucion_minproteccion_0649_2010.htm



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

Que el Ministerio de la Protección Social y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "Caprecom", adelantaron convenio interadministrativo, en el cual Caprecom tiene como función "Coordinar el acceso a servicios de salud no incluidos en el plan de beneficios – suministro de insumos y medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud – e igualmente, la prestación de estos servicios".

Que en el marco del anterior convenio se ha logrado adelantar la negociación centralizada del precio de algunos medicamentos correspondientes a prestaciones excepcionales en salud.

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. VALOR MÁXIMO DEL RECOBRO. En virtud de lo establecido por el Decreto Legislativo 128 de 2010, fijese el **valor máximo del recobro** para los siguientes medicamentos:

El valor previsto en la tabla anterior se aplicará cuando se hubiera proporcionado al paciente la dosis íntegra. En caso contrario, se aplicará el valor proporcional a la dosis que efectivamente se le hubiera proporcionado al paciente, como consta en la fórmula médica, epicrisis o documento mediante el cual se especifique dicha dosis, de conformidad con lo establecido por la Resolución 548 de 2010.

PARÁGRAFO. El **valor máximo del recobro** establecido en el presente artículo incluye el costo o margen de administración de los productos relacionados anteriormente.

Principio Activo	Concentración	Presentación	Valor Máximo Recobro (por vial)
BOSENTAN	125 mg	Frasco x 60Tab.	13.904.865,00
BEVACIZUMAB	100 mg	Vial x 4 ml	1.463.567,44
DORNASE ALFA	2.5 mg	Caja x 6 Amp	1.036.041,88
RITUXIMAB	500 mg	Caja x 1 Amp	8.154.429,48
TRASTUZUMAB	440 mg	Caja x 1 Vial	9.245.575,46
ADALIMUMAB	40 mg	Caja x 2 Jeringas	3.157.104,60
PALIVIZUMAB	50 mg	Caja x 1 Vial	1.645.575,75
PALIVIZUMAB	100 mg	Caja x 1 Vial	3.201.120,00
INFLIXIMAB	100 mg	Vial x 10 ml	2.120.000,00
IMIGLUCERASA	400 UI	Caja x 1 Vial	3.059.160,00
AGAL SIDASA BETA	5 mg	Caja x 1 Vial	1.074.840,00
AGAL SIDASA BETA	35 mg	Caja x 1 Vial	7.441.200,00
LARONIDASA	2.9 mg	Caja x 1 Vial	1.285.674,00
ALGLUCOSIDASA ALFA	50 mg	Caja x 1 Vial	1.240.200,00

ARTÍCULO 2o. DISPENSADOR DEL MEDICAMENTO. A partir del 1o de mayo del presente año, Caprecom suministrará los medicamentos indicados en el artículo precedente, a través de su red de dispensación, salvo en los casos en que se requieran para la atención de urgencias, como parte de un proceso de atención intrahospitalaria o si la entidad administradora de planes de beneficios está en condiciones de efectuar el respectivo recobro a un menor valor que el establecido en el artículo anterior, casos en los cuales las entidades administradoras de planes de beneficios serán las responsables de garantizar su oportuno suministro.



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

ARTÍCULO 3o. VALOR MÁXIMO A RECONOCER POR EL FOSYGA. <Apartes tachados NULOS¹³> A partir del 15 de mayo del presente año, cuando se trate de los medicamentos incluidos en la presente Resolución, el **valor máximo de recobro** que reconocerá el Fosyga será el menor valor entre el recobrado y aquel establecido en el artículo 1o.

ARTÍCULO 4o. REPOSICIÓN DE LOS MEDICAMENTOS RECOBRADOS. El Fosyga, a través de Caprecom, podrá efectuar el reembolso de los medicamentos, mediante la reposición en especie de los mismos.

ARTÍCULO 4o. INFORMACIÓN SOBRE LOS PACIENTES. Con el fin de garantizar el acceso de la población, en óptimas condiciones, a los medicamentos relacionados en el artículo 1o de la presente Resolución, las administradoras de planes de beneficios deberán informar al Ministerio de la Protección Social y a Caprecom, en el formato que se adopta en el anexo técnico de la presente resolución, a más tardar el 15 de abril de 2010, aquellos afiliados a quienes se les ha autorizado el suministro de los citados medicamentos, con el fin de que puedan ser contactados, al tiempo que deberán informarles sobre la nueva forma en la cual podrán acceder al medicamento.

ARTÍCULO 5o. VIGENCIA. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y afecta las prestaciones ocurridas con posterioridad a su vigencia y deroga las que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 12 de abril de 2010.

El Ministro de la Protección Social [...].¹⁴

IV.4. Estudio de cuestiones previas

IV.4.1. La cosa juzgada frente a lo decidido en sentencia de 26 de septiembre de 2019

37. La cosa juzgada como instituto del derecho procesal ha sido concebida como una de las expresiones de la seguridad jurídica, pues su propósito es dotar de intangibilidad, impugnabilidad y coercibilidad a las decisiones judiciales evitando que los conflictos queden indefinidos en el tiempo, al impedirse que las controversias sean ventiladas nuevamente ante la jurisdicción y, como figura procesal contribuye a la realización de la justicia material del Estado Democrático de Derecho¹⁵.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 26 de septiembre de 2019, radicado: 11001-03-24-000-2010-00279-00. Actora: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez, demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de la Protección Social). MP: Hernando Sánchez Sánchez.

¹⁴ Las anotaciones que aparezcan en la transcripción de la resolución acusada hacen parte del texto original traído de la página web https://www.icbf.gov.co/carcas/avanceconplacionde/resolucion_minproteccion_0649_2010.htm

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 10 de noviembre de 2005, radicado: 25000-23-26-000-1993-08296-01(14109), actor: Sociedad Ingesueios, demandado: Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil, MP: Alir Eduardo Hernández Enríquez. "Por tanto, se erige en principio ractor de los procesos judiciales y adoptado por el sistema procesal colombiano, constituyendo norma de orden público cuya existencia legitima el ejercicio de la función jurisdiccional, pues, si ella no existiera, muy poco interés mostrarían los ciudadanos en acudir al juez a solucionar sus conflictos; en efecto si la decisión no vinculara y obligara a las partes, y al juez mismo, ningún conflicto quedaría realmente resuelto, ante la posibilidad material y/o jurídica de desatender la orden impartida por el juez, lo que provocaría la pérdida de confianza y credibilidad en la capacidad del Estado de adoptar decisiones obligatorias [...] En esta medida, la cosa juzgada constituye una expresión de la justicia del caso concreto que desea el Estado Social, y que se debe impartir por el Estado, cuando existen conflictos intersubjetivos. Es este el momento cumbre de la justicia que se



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

38. El artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, CCA incorpora una regla diferencial sobre los efectos de la cosa juzgada según se trate de sentencias denegatorias de la nulidad frente a aquellas estimatorias de las pretensiones, en el siguiente sentido:

[...] Artículo 175. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada.

[...]. (Destacado fuera de texto).

39. De acuerdo con lo anterior, la sentencia que declara la nulidad produce efectos *erga omnes* absolutos, es decir, el acto anulado desaparece del mundo jurídico, situación que impide analizar nuevamente la legalidad del acto administrativo. A su vez, si se trata de una sentencia denegatoria de las pretensiones, el efecto de la cosa juzgada se proyecta solo en relación con la causa petendi juzgada, lo que se traduce en que resulta posible reabrir el debate sobre la legalidad del mismo acto por unos motivos o causa diferente a aquella que dio lugar a la sentencia previa dictada en el proceso anterior.

40. De igual manera, se encuentra que según el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, hoy 303 del Código General del Proceso¹⁶, aplicable en virtud de la remisión normativa prevista en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, CCA, los elementos para declarar configurado el medio exceptivo de la cosa juzgada son los siguientes: i) la identidad jurídica de partes; ii) la identidad de objeto; y iii) la identidad de causa. A propósito de los requisitos que deben concurrir para declarar configurado o no el fenómeno de la cosa juzgada en procesos de simple nulidad, esta Corporación ha señalado:

“Ahora bien, de conformidad con el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que se configure la cosa juzgada es menester que haya identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de partes. El objeto de la demanda es la pretensión y la causa es el fundamento del derecho que se ejerce. El último requisito, identidad jurídica de las partes no es aplicable en procesos de nulidad, por los efectos erga omnes que le otorga el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo a las

realiza a través de los procesos judiciales, que es el prototipo de la justicia creada por el Estado para mantener la convivencia y la paz sociales. Teniendo presentes estos fundamentos, la cosa juzgada resulta ser un bien jurídico muy apreciable, cuyo desconocimiento pone en riesgo otros importantes valores jurídicos, sociales y políticos que deben mantenerse firmes y seguros. [...]. (Destacado fuera del texto).

¹⁶ «Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión».



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

sentencias que la declaran y los efectos erga omnes en cuanto a la causa petendi en las que la niegan. En otras palabras, implica que son oponibles a cualquier demandante que pretende, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, ya que en éstos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino todo lo contrario, en interés del orden jurídico¹⁷. (Negrillas fuera del texto)

41. En el presente caso y revisada la Sede Electrónica para la Gestión judicial, "SAMAI", se pudo constatar que la Sección Primera, en sentencia de 26 de septiembre de 2019¹⁸, resolvió una demanda promovida también por la hoy actora en contra de las expresiones "[...] valor máximo de recobro [...]" y "[...] valor máximo a reconocer por el Fosyga [...]" contenidas en las Resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, mediante las cuales "[...] se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos [...]" expedidas por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social), motivo por el cual la Sala analizará los presupuestos de cara a descartar o no la configuración de este instituto procesal.

ACCIÓN	NULIDAD (artículo 84 del CCA) ÚNICA INSTANCIA	NULIDAD (artículo 84 del CCA) ÚNICA INSTANCIA
SENTENCIA	26 de septiembre de 2019	
EXPEDIENTE	11001-03-24-000-2010-00279-00	11001-0324-000-2010-00280-00
DEMANDANTE	BLANCA CECILIA SARMIENTO DE RAMÍREZ	BLANCA CECILIA SARMIENTO DE RAMÍREZ
DEMANDADO	Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social).	Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social).
OBJETO	Que se declare la nulidad de las expresiones "[...] valor máximo de recobro [...]" y "[...] valor máximo a reconocer por el Fosyga [...]" contenidas en las Resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, mediante las cuales "[...] se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos [...]", expedidas por el Ministro de la Protección Social (hoy Ministro de Salud y Protección Social).	Que se declare la nulidad de <u>las Resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010</u> , mediante las cuales "[...] se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos [...]", ambas expedidas por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social).
NORMAS VIOLADAS	Los artículos 13, 48 y 121 de la Constitución Política; los artículos 156, 173, 182 y 245 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 y los artículos 7 y 182 de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007.	Los artículos 13, 48 y 121 de la Constitución Política; los artículos 156 y 173 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 y los artículos 7 y 182 de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 22 de octubre de 2010, radicado: 11001-03-25-000-2006-00388-00, actor: Diego Muñoz Tamayo y Hugo Adolfo Hurtado Bejarano, MP: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicado: 11001-03-24-000-2010-00279-00, actora: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez, demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social), MP: Hernando Sánchez Sánchez.



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN	Falta de competencia por exceso de la potestad reglamentaria y desconocimiento del principio de viabilidad financiera.	Falta de competencia y desconocimiento del principio de viabilidad financiera.
FALLO	<p>“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las expresiones “[...] valor máximo de recobro [...]” y “[...] valor máximo a reconocer por el Fosyga [...]” contenidas en las resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, expedidas por el Ministro de Protección Social (hoy de Salud y Protección Social) por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.</p> <p>SEGUNDO: En firme esta providencia, archivar el expediente”.</p>	

42. A partir del cotejo efectuado entre ambos procesos se evidencia que la demanda del proceso inicial y que culminó con la sentencia de 26 de septiembre de 2019, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado fue instaurada por la señora Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez con el fin de cuestionar las expresiones “[...] valor máximo de recobro [...]” y “[...] valor máximo a reconocer por el Fosyga [...]” contenidas en las Resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, expedidas por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social).

43. Por su parte, la demanda del proceso de la referencia pretende controvertir las Resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, mediante las cuales “[...] se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos [...]”, ambas expedidas por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social).

44. Para analizar la pertinencia de aplicar la figura de la cosa juzgada, es preciso señalar que el artículo 303 del CGP establece que “[...] **la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes**”. A su vez, el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 175, regula lo atinente a la cosa juzgada de las sentencias declarativas o denegatorias de la nulidad de los actos administrativos, en el siguiente sentido:

“[...] Artículo 175. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

*Quando por sentencia ejecutoriada **se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios**". (Destacado fuera de texto).*

45. De la disposición en cita se observa que el legislador le dio un tratamiento diferenciado a las sentencias denegatorias de la nulidad de aquellas declarativas de anulación. Así, la sentencia que declara la nulidad produce efectos *erga omnes* absoluto, por lo que no es posible analizar nuevamente la legalidad del acto administrativo. En cambio, si se niegan las pretensiones anulatorias, el efecto de la cosa juzgada se da en relación con la causa petendi juzgada, lo que significa que resulta posible volver a demandar el mismo acto administrativo por unos motivos diferentes¹⁹.

46. Bajo este fin se tiene que la cosa juzgada tiene una función negativa consistente en generar una regla jurídica prohibitiva a los funcionarios judiciales para conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto, y, como función positiva, generar una regla jurídica mediante la cual se dota de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.

47. Entonces, de lo anterior se desprende, sin lugar a equívocos, que la identidad de objeto entre ambos procesos se predica en torno a que la primera de las demandas cuestionó específicamente una expresión de los actos cuestionados, mientras que en este proceso se cuestionan dichos actos en su totalidad, para lo cual aludió a la mayoría de normas que tuvo como infringidas y aunque la identidad en procesos de nulidad no es determinante dada la naturaleza pública de la acción, en este caso, la ciudadana que demandó en ambos procesos es la misma.

48. Con la claridad anterior, se tiene que en el presente asunto y de manera oficiosa habrá que declarar probado parcialmente este medio exceptivo de la cosa juzgada, en relación con el examen que ya realizó la Corporación, el cual llevó a la declaratoria de nulidad, como se aprecia en el cuadro que antecede, donde se transcribió la parte resolutive.

49. Lo anterior, por cuanto la declaratoria de anulación que acaeció frente a esas expresiones contenidas en los actos acusados, produjo efectos *erga omnes* absoluto, lo que implica que, independientemente del análisis resultante en este proceso, la decisión de retirar del ordenamiento jurídico que ya ocurrió debe privilegiarse y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, radicado: 11001-03-27-000-2011-00009-00(18722) sentencia de 4 de febrero de 2016, actor: Carlos Gustavo Ramírez Tarazona, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



IV.4.2. La pérdida de fuerza ejecutoria

50. En cuanto a la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo aparece regulada en el artículo 66 del CCA y uno de los eventos contemplados por el legislador se refiere a “[...] 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”.

51. La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha señalado que la referida figura del decaimiento del acto administrativo o de la pérdida de la fuerza ejecutoria constituye un evento diferenciado del juicio de legalidad de las decisiones de la administración, en tanto que la primera está llamada a analizar la eficacia, es decir, la capacidad de la decisión administrativa de producir efectos, mientras que el juicio de legalidad está dirigido a analizar los elementos de validez del acto administrativo, bien sea externos (voluntad del sujeto activo competente, el sujeto pasivo y las formalidades) o internos (finalidad, los motivos y el objeto), cuando concurren algunas de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del CCA, esto es, por haber sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia o de defensa, mediante falsa motivación o con desviación de poder.

52. En el presente caso, se advierte que las Resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010 fueron expedidas por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, en ejercicio de las atribuciones legales, en especial, las conferidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 y por el artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 21 de enero de 2010 *“Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”*.

53. La Corte Constitucional, en sentencia C-252 de 16 de abril de 2010²⁰, declaró inexecutable el Decreto 4975 de 23 de diciembre de 2009, mediante el cual el Presidente de la República de ese entonces declaró el estado de emergencia, en virtud de lo previsto en los artículos 214 numeral 6º, 215 parágrafo y 241 numeral 7º de la Constitución Política, considerando, en síntesis, que no cumplía los presupuestos materiales exigidos por la jurisprudencia para la declaración del estado de emergencia social, esto es, por cuanto no se estaba en presencia de hechos sobrevinientes y de carácter extraordinarios que no puedan ser conjurados con el uso de los mecanismos ordinarios que ha dispuesto el ordenamiento jurídico colombiano y, agregó que no se superó el juicio de suficiencia ante la existencia de mecanismos ordinarios para atender la supuesta perturbación del orden social.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C- 252 de 16 de abril de 2010, CP: Jorge Iván Palacio Palacio.



54. Los efectos de la referida sentencia, según se desprende de la parte resolutive de la citada decisión²¹ y, siguiendo para el efecto lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996²² fueron hacia futuro, con excepción de las normas que establecieron fuentes tributarias de financiación, orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud, en cuyo caso y por disposición expresa del Alto Tribunal Constitucional quedaron diferidos hacia el futuro.

55. Ahora bien, posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia C- 288 de 21 de abril de 2010²³, declaró la inconstitucionalidad por consecuencia del Decreto 128 de 21 de enero de 2010, pues, en palabras del Tribunal Constitucional, al haber desaparecido del ordenamiento jurídico el fundamento que sirvió de sustento a la expedición del referido decreto, este devenía en inconstitucional. En la citada providencia, la Corte señaló:

“2. Inconstitucionalidad por consecuencia

Mediante sentencia C-252 del dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010) la Corte Constitucional declaró integralmente inexecutable el Decreto de 4975 de 2009 por el cual el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social, por un período de treinta (30) días.

En la mencionada sentencia la Corte dispuso diferir los efectos de su decisión respecto de las normas contenidas en decretos de desarrollo que establecieran fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud. Esta situación no se presenta en el Decreto 128/10, cuyo propósito fue el de regular los principios, mecanismos, condiciones, instituciones y recursos destinados a la prestación de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, por lo que procede la Corte a pronunciarse sobre la inexecutable por consecuencia, sin atribuirle a su decisión efectos especiales.

En este sentido, al haber desaparecido del ordenamiento jurídico el fundamento normativo que sirvió de sustento a la expedición del Decreto Legislativo 128 de 2010, éste deviene en inconstitucional. En efecto, el decreto declaratorio del estado de emergencia social es el instrumento jurídico a través del cual el Presidente de la República se reviste de facultades de excepción, incluidas las de legislar a través de decretos con fuerza de ley. Una vez excluida del orden jurídico, mediante sentencia de inexecutable, la norma de autohabilitación, los decretos legislativos dictados a su amparo corren igual suerte”.

²¹ Primero. Declarar INEXEQUIBLE el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, “Por el cual se declara el estado de emergencia social”.

Segundo. Los efectos de la presente sentencia respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación se determinarán de acuerdo con el considerando 7.3».

²² «ARTÍCULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario».

²³ Corte Constitucional, sentencia C- 288 de 21 de abril de 2010, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

56. No obstante lo anterior, siguiendo el derrotero jurisprudencial uniforme de esta jurisdicción²⁴, la anterior circunstancia no es óbice para que el juez de lo contencioso administrativo llamado a ejercer el control de legalidad realice un análisis de los elementos que debieron concurrir para su validez por los efectos jurídicos que pudo producir el acto durante su vigencia²⁵.

57. En este orden de ideas, la Sala efectuará el análisis de legalidad de los actos demandados, por los efectos jurídicos que llegaron a producir durante su vigencia y hasta el momento en que se produjo la declaratoria de inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 288 de 21 de abril de 2010, citada *ut supra*.

58. No sobra advertir que de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, el Consejo de Estado, a través de la Sala Plena²⁶, es competente para conocer el control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción que sean expedidas por autoridades nacionales. Dicho control se caracteriza por ser i) judicial; ii) automático y oficioso, iii) autónomo y, iv) integral.

59. Ahora bien, verificado el Sistema de Información Judicial se evidencia que la Sala Plena no efectuó el control inmediato de legalidad frente a las resoluciones que se demandan en este proceso.

60. En todo caso, tal y como lo ha precisado esta Corporación “[...] el control es compatible con la acción pública de nulidad (artículo 84 del C.C.A), que puede intentar cualquier ciudadano para cuestionar los actos administrativos de carácter general²⁷”, por cuanto la sentencia que decide el control inmediato de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa, motivo por el cual resulta posible que en el futuro se produzca otro pronunciamiento que verse sobre reproches distintos que fueron objeto de pronunciamiento por la jurisdicción y dirigidos a cuestionar la misma norma.

IV.5. Análisis del caso en concreto

IV.5.1. Análisis del primer cargo de nulidad. La falta de competencia del Ministerio de la Protección Social para expedir las resoluciones enjuiciadas

²⁴ A propósito del tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias judiciales: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 2 de febrero de 2015, radicado: 11001-03-15-000-2014-03237-00, MP: Gerardo Arenas Monsalve; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de julio de 2013, radicado: 73001-23-31-000-2011-00523-01, MP: Martha Teresa Briceño de Valencia; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2012, radicado: 11001-03-26-000-2009-00116-00 (37785A), MP: Danilo Rojas Betancourth (E); iv) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2011, radicado: 11001-03-26-000-2008-00075-00, MP: Ruth Stella Correa Palacio, entre otras.

²⁵ A similar conclusión llegó esta Sección, en la sentencia de 26 de septiembre de 2019, radicado: 11001-03-24-000-2010-00279-00, MP: Hernando Sánchez Sánchez.

²⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 97, numeral 2°, del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un asunto cuyo conocimiento está atribuido a esta Corporación sin asignarsele específicamente a una Sección.

²⁷ Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de 5 de marzo de 2012, radicado: 11001-03-15-000-2010-00369-00, MP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.



61. La actora considera que “[...] el Ministerio de la Protección Social no era competente para expedir las resoluciones que se demandan y, por lo tanto, usurpó funciones que se encuentran en cabeza de otros organismos estatales”.

62. Como punto de partida, se debe señalar que las Resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, fueron expedidas por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social con el objeto de establecer el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos. Lo anterior lleva a esta Sala de Decisión a efectuar un estudio sobre el marco normativo de los organismos encargados de regular el régimen tarifario en nuestro ordenamiento jurídico para la fecha en que se expidieron los actos demandados.

63. Para empezar, debe señalarse que el artículo 48 de la Constitución Política, establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará por el Estado bajo su dirección, coordinación y control, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad “en los términos que establezca la ley”.

64. Con fundamento en lo anterior, se expidió la Ley 100 de 1993, con el propósito de crear el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual es concebido como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos con los que disponen las personas y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

65. El legislador indicó en el artículo 1° de la Ley 100 de 1993 que la seguridad social tiene como objetivo general garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. La seguridad social comprende el conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios y otras que se incorporen normativamente en el futuro.

66. De esta manera, la afiliación al sistema general de seguridad social en salud adquiere un carácter obligatorio para todos los habitantes de Colombia y es integral, tal y como lo consagra el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, norma que es del siguiente tenor:

“[...] ARTICULO. 153.-Fundamentos del servicio público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes:

2. **Obligatoriedad.** **La afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia.** *En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago.*

3. **Protección integral.** *El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud [...]."*

- Funciones a cargo del Ministerio de Salud en vigencia de la Ley 100 de 1993

67. El artículo 173 de la Ley 100 de 1993, confió en el Ministerio de Salud las siguientes funciones que se enlistan a continuación:

- a) Formular y adoptar, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las políticas, estrategias, programas y proyectos para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico, social y ambiental que apruebe el Congreso de la República;
- b) Dictar las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo, que son de obligatorio cumplimiento por todas las Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud;
- c) **Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las Entidades Promotoras de Salud, por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud;**
- d) Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud;
- e) Elaborar los estudios y propuestas que requiera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el ejercicio de sus funciones;
- f) Ejercer la adecuada supervisión, vigilancia y control de todas las entidades comprendidas en los literales b) a h) del artículo 181 de la presente Ley y de las direcciones seccional, distrital y local de salud, excepto la Superintendencia Nacional de Salud y;



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

- g) Reglamentar la recolección, transferencia y difusión de la información en el subsistema al que concurren obligatoriamente todos los integrantes del Sistema de Seguridad Social de Salud independientemente de su naturaleza jurídica sin perjuicio de las normas legales que regulan la reserva y exhibición de los libros de comercio. La inobservancia de este reglamento será sancionada hasta con la revocatoria de las autorizaciones de funcionamiento.

68. Cabe destacar que en nuestro ordenamiento jurídico opera un sistema difuso de producción normativa, pues al lado de la potestad reglamentaria del Presidente de la República encaminada a lograr la cumplida ejecución de la ley, existen facultades de regulación en cabeza de otros entes administrativos, como los Ministros del Despacho para regular *“aspectos residuales o complementarios de la legislación general, encaminados fundamentalmente a facilitar la penetración de la voluntad del legislador en los problemas prácticos a los que estaba dirigida²⁸”*.

69. La facultad de regulación confiada a ciertos órganos como los Ministerios ha sido interpretada como una competencia residual o complementaria a la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República - numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política-. Además, dicha competencia ha sido ratificada por la Corte Constitucional, en múltiples sentencias como la sentencia C- 805 de 2001²⁹ y la jurisprudencia del Consejo de Estado.³⁰

70. En sentencia C-805 de 2001³¹, la Corte Constitucional discurrió en este sentido:

“[...] (i) La tarea de regulación dentro del Estado colombiano abarca tanto la facultad del Presidente de la República para reglamentar las leyes – de conformidad con el artículo 189 numeral 11 – como la función de regulación otorgada por la Constitución a otras entidades u órganos. Ahora bien, el titular de la potestad reglamentaria en armonía con el precitado artículo 189 numeral 11 es el Presidente de la República y tal potestad no puede entregarse por la ley a otros entes administrativos diferentes por cuanto – como ha recordado la Corte en jurisprudencia reiterada – atribuirle, así sea parcialmente, a un órgano distinto, traería como consecuencia disminuir y restringir la competencia que, sin condicionamiento alguno, le ha sido encargada por la Norma de Normas al Presidente de la República. (ii) En el caso de los Ministros del Despacho, ha acentuado la Corte que, en su calidad de autoridades administrativas, los Ministerios están investidos de facultades propias de la Administración dentro de las cuales se encuentra, precisamente, la facultad de regulación. Las regulaciones efectuadas por los Ministros, sin embargo, no poseen en el sistema de fuentes la misma jerarquía que aquellas que profiere el Presidente de la República en ejercicio de su potestad

²⁸ Corte Constitucional, C- 1005 de 15 de octubre de 2008, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁹ Corte Constitucional C- 805 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ Puede verse la sentencia del 25 de enero de 2018, Radicado No: 11001 0324 000 2011 00445 00, actor: Danny Manuel Moscote Aragón, demandado: Ministerio de Salud (antes Ministerio de Protección Social), MP: María Elizabeth García González.

³¹ Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

reglamentaria, por cuanto se hallan subordinados a ella. De esta suerte, ningún Ministro que obre dentro del margen de sus competencias podría expedir una regulación técnica que se encuentre en contradicción con lo dispuesto por un Decreto Reglamentario del Presidente de la República. En otros términos, los Ministros pueden, desde luego, dictar normas de carácter general para regular aspectos técnicos u operativos dentro de la órbita de su competencia. Esta facultad, ha insistido la Corte, es de carácter residual y subordinada respecto de la atribución que radica en cabeza del Presidente de la República [...]."

71. A propósito de las funciones para el recobro de medicamentos a cargo del Ministerio de Salud esta Sección, en reciente sentencia citada anteriormente de fecha 26 de septiembre de 2019³², señaló que esta competencia se orienta, de manera exclusiva, a reglamentar los procedimientos y los requisitos administrativos necesarios para llevar a cabo el recobro de los medicamentos suministrados no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por parte de las Empresas Promotoras de Salud al Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-, al señalar:

"61. Atendiendo a que esta Sección³³ sobre la función del Ministerio de salud (hoy Ministerio de Salud y Protección Social) señalada en la normativa citada supra correspondiente a la expedición de normas administrativas, específicamente, para el recobro de medicamentos ante el Fondo de Solidaridad y Garantías ha señalado lo siguiente:

[...]

*De lo anterior se colige que la facultad para la expedición de las normas administrativas del Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Salud y Protección Social) **se orienta de manera exclusiva a reglamentar los procedimientos y los requisitos administrativos necesarios para llevar a cabo el recobro de los medicamentos suministrados no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por parte de las Empresas Promotoras de Salud al Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-, entre otros:** i) los requisitos generales para la presentación de solicitudes de recobro; ii) el término para presentar las solicitudes de recobro; iii) el término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes de recobro; iv) las causales de rechazo de las solicitudes de recobro; v) causales de devolución de las solicitudes de recobro; v) los pagos de solicitudes de recobro por un valor diferente al solicitado, ello, en cumplimiento de las funciones que le corresponde como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía, -FOSYGA-, conforme el artículo 13 de la Ley 1122".* (El destacado es original de la sentencia y el subrayado fuera del texto).

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de septiembre de 2019, radicado: 13001-23-33-000-2015-00279-01, actora: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez, demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de la Protección Social), MP: Hernando Sánchez Sánchez.

³³ (Cita es original): Al respecto la Sala se ha pronunciado en múltiples providencias judiciales: Sentencia del 4 de septiembre de 2008 proferida en el proceso número 2003-00327 con Ponencia del Magistrado Camilo Arciniegas Andrade, sentencia del 18 de junio de 2009 expedido en el expediente 2004-00139 y 2004-00175 acumulados. M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Sentencia del 18 de junio de 2009 dictada en el proceso número 2004-00340, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Providencia del 8 de julio de 2010 proferida en el proceso 2005-0012 con ponencia de la Magistrada María Claudia Rojas Lasso (E). Sentencia del 21 de octubre de 2010 expedida en el expediente número 2006-00388 con ponencia del Magistrado Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Fallo del 18 de octubre de 2012 dictada en el proceso 2007-00629 con ponencia de la Magistrada María Claudia Rojas Lasso. Sentencia de Unificación del 26 de abril de 2013 expedida en el proceso número 2006-00392 con ponencia del Consejero Guillermo Vargas Ayala.



- **Las funciones a cargo de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos para la formulación de la política de regulación de precios**

72. La Ley 81 de 1987, "Por la cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico, se determinan las funciones de sus dependencias, se deroga el Decreto legislativo número 0177 de 1º de febrero de 1956, se dictan normas relativas a los contratos de fabricación y ensamble de vehículos automotores y a la política de precios y se dictan otras disposiciones" inicialmente, confió al entonces Ministerio de Desarrollo Económico la función concerniente a la formulación de la política de precios (artículo 2, literal d).

73. Para ello, la citada ley otorgó a las entidades que tenían a su cargo la fijación de las políticas de precios las siguientes funciones:

"[...] Artículo 62. De las funciones de las entidades que desarrollan la política de precios. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, las distintas entidades tendrán las siguientes funciones en cada uno de los sectores de su competencia:

a) Determinar los bienes y servicios cuyos precios deban ser sometidos a control directo, de acuerdo con las normas establecidas en la presente Ley;

b) Fijar los precios de los bienes y servicios que se someten a control directo;

c) Determinar la metodología y criterios a que deban someterse los bienes y servicios que se encuentren en libertad regulada o vigilada, y establecer cuáles serán dichos bienes y servicios;

d) Fijar, cuando lo considere conveniente, los descuentos y porcentajes que los productores, fabricantes o comerciantes tengan establecidos o establezcan en favor de sus agentes o distribuidores, determinando en cada caso los que se justifiquen y señalando los precios correspondientes.

Parágrafo. Las funciones antes señaladas se ejercerán de oficio o a solicitud de los fabricantes, productores, distribuidores, importadores, ligas de consumidores o comités cívicos de vigilancia de precios, pesas y medidas, de conformidad con el reglamento que dicte la respectiva entidad, la que podrá delegar en forma total o parcial, la facultad de fijar precios para el mercado local y las tarifas de admisión para los espectáculos públicos, en comités municipales de precios, los que estarán integrados por el alcalde municipal o distrital, según el caso, y los funcionarios y personas que señale la entidad que hace la delegación.

En todos los casos las entidades a que se refiere el presente artículo deberán divulgar a través de los medios de información y comunicación, las decisiones sobre control directo de precios sobre los bienes y servicios".

74. Más adelante, con la expedición de la Ley 100 de 1993, la facultad para la formulación de la política de regulación de los precios de los medicamentos que antes residía en el Ministerio de Desarrollo Económico pasó a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos, en los siguientes términos:



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

“[...] ARTÍCULO 245.

[...] PARÁGRAFO. - A partir de la vigencia de la presente ley, la facultad para la formulación de la política de regulación de precios de los medicamentos de que goza el Ministerio de Desarrollo Económico, de acuerdo con la Ley 81 de 1987, estará en manos de la comisión nacional de precios de los medicamentos. (Subrayado fuera de texto)

Para tal efecto, créase la comisión nacional de precios de medicamentos compuesta, en forma indelegable, por los ministros de Desarrollo Económico y Salud y un delegado del Presidente de la República. El gobierno reglamentará el funcionamiento de esta comisión.

Corresponde al Ministerio de Desarrollo hacer el seguimiento y control de precios de los medicamentos, según las políticas fijadas por la comisión.

Corresponde al Ministerio de Salud el desarrollo de un programa permanente de información sobre precios y calidades de los medicamentos de venta en el territorio nacional, de conformidad con las políticas adoptadas por la comisión [...]”.

75. Posteriormente, el Presidente de la República expidió el Decreto 413 de 23 de febrero de 1994³⁴, mediante el cual se reglamentó el funcionamiento de la Comisión de Precios de Medicamentos³⁵. Según se desprende de su parte motiva, fueron varios los objetivos pretendidos con la expedición de la citada norma, los cuales consistieron, de un lado, en adoptar una política de precios en el sector de los medicamentos que consulte aspectos asociados como la capacidad adquisitiva de los consumidores, la razonable rentabilidad de la industria productora y comercializadora, el impacto social de los precios y las particularidades del mercado farmacéutico; y, por el otro, garantizar que la misma se funde en el respeto y promoción de los principios de la libre competencia, el estímulo empresarial, el desarrollo de la iniciativa privada, la libre actividad económica y la protección del consumidor.

76. Particularmente, el referido Decreto 413 de 23 de febrero de 1994³⁶, atribuyó a la Comisión de Precios de Medicamentos las siguientes funciones:

“[...] ARTICULO 2o. FUNCIONES. De conformidad con el Parágrafo Único del artículo No. 245 de la Ley 100 de 1993, corresponde a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos:

*a) **Establecer y revisar los criterios generales para la formulación de la política de regulación de precios de medicamentos.** Para ello la comisión*

³⁴ «Por el cual se reglamentan el funcionamiento de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos». El citado decreto fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el artículo número 189, numeral 11 de la Constitución Política y en desarrollo de la Ley 100 de 1993.

³⁵ Cabe destacar que, mediante la Ley 1438 de 2011 «Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos», la Comisión de Precios de Medicamentos pasó a denominarse Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (CNPMD), según lo dispuesto por el artículo 87, norma que indicó: «Artículo 87. Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos - CNPMD. En adelante la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos de que trata el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, se denominará Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, y tendrá a su cargo la formulación y la regulación de la política de precios de medicamentos y dispositivos médicos».

³⁶ «Por el cual se reglamentan el funcionamiento de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos».



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

tendrá en cuenta, además de los criterios enunciados en los considerados de este Decreto, lo siguiente:

1. Los criterios de carácter técnico y económico, que dentro de su competencia considere convenientes o necesarios el Ministerio de Desarrollo Económico.

2. Los criterios de carácter técnico relacionados con el sector salud, que de acuerdo con su competencia considere convenientes o necesarios el Ministerio de Salud.

3. Los estudios técnicos presentados a su consideración por la Secretaría Técnica.

b) Orientar y fijar los mecanismos a través de los cuales el Ministerio de Desarrollo Económico, hará el seguimiento y control de precios de los medicamentos;

c) Fijar los lineamientos generales para el Ministerio de Salud desarrolle un programa permanente de información sobre precios y calidades de los medicamentos, con especial énfasis en los medicamentos esenciales;

d) Darse su propio reglamento;

e) Las demás que le asigne la ley [...].”

77. Después de la expedición del Decreto 413 de 1994, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos expidió la Circular núm. 004 del 01 de septiembre de 2006, en la que se determina la nueva política de regulación de precios de medicamentos³⁷.

78. Posteriormente, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos expidió la Circular 002 de 22 de abril 2010, en ejercicio de las facultades establecidas en el parágrafo del artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 413 de 1994, cuyo artículo 3° señaló lo siguiente:

“[...] ARTÍCULO 3°. PRECIO MÁXIMO DE LOS MEDICAMENTOS RECOBRADOS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Comisión Nacional de Precios de Medicamentos establecerá

³⁷ En los considerandos de la referida circular se invoca lo siguiente: (i) Que el artículo 60 de la Ley 81 de 1988, establece los regímenes de control de precios (ii) Que el parágrafo único del artículo 245 de la Ley 100 de 1993, otorga a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos, la facultad para la formulación de la Política de Regulación de precios de los medicamentos de que gozaba el anterior Ministerio de Desarrollo Económico hoy Ministerio de Comercio Industria y Turismo, de acuerdo con la Ley 81 de 1988; (iii) Que de acuerdo con el Decreto 413 de 1994 y el parágrafo único del artículo 245 de la Ley 100 de 1993, es función de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos revisar y establecer los criterios generales para la formulación de la política de regulación de precios de medicamentos; (iv) Que de acuerdo con el tercer inciso del parágrafo único del artículo 245 de la Ley 100 de 1993 es función del anterior Ministerio de Desarrollo hoy Ministerio de Comercio Industria y Turismo, hacer el seguimiento y control de precios de los medicamentos según la política fijada por la Comisión; (v) Que de acuerdo con el tercer inciso del parágrafo único del artículo 245 de la Ley 100 de 1993 es función del anterior Ministerio de Salud hoy Ministerio de la Protección Social, desarrollar un programa permanente de información de precios de los medicamentos, de conformidad con las políticas que para el efecto determine la Comisión; (vi) Que los considerandos del Decreto 413 de 1994 establecen que la política de precios en el sector de los medicamentos deberá estar fundada en el respeto y promoción de los principios de la libre competencia, el estímulo empresarial, el desarrollo de la iniciativa privada, la libre actividad económica y la protección del consumidor; (vii) Que el Centro de Colaboración para la Metodología Estadística de Medicamentos de la Organización Mundial de la Salud, ha elaborado y tiene a su cargo la actualización de la Clasificación Internacional de medicamentos ATC, la cual se basa en un sistema de clasificación anatómico, terapéutico y químico y, (viii) Que después de haber hecho público por parte de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos el interés de adoptar una nueva política y de haber recibido comentarios de los interesados, ha decidido adoptar la presente circular.



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

el precio máximo de los medicamentos recobrados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad a la metodología y criterios definidos para tal fin. Para el efecto, el Ministerio de la Protección Social suministrará a la Secretaría Técnica de la Comisión la información necesaria y los correspondientes soportes [...]”. (Destacado y subrayado de la Sala).

79. De lo anterior se desprende que la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos tiene a su cargo la facultad para la formulación de las políticas de regulación de precios de medicamentos por mandato expreso de las citadas Leyes 81 de 1988 y 100 de 1993.

80. Luego, entonces, el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social no podía justificar su competencia en lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 y, con ello, establecer el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos pues con ello se abrogó una competencia que está a cargo de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos, entidad que, por expreso mandato de las citadas normas contenidas en las Leyes 81 de 1988 y 100 de 1993 tenía competencia para formular las políticas de regulación de precios de medicamentos, lo cual comprende, sin asomo de duda, la relativa a establecer el precio máximo de los medicamentos recobrados al Sistema General de Seguridad Social en Salud por el Fondo de Solidaridad y Garantías.

81. Dicho en otras palabras, el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 que faculta al Ministerio de Salud, entre otras funciones, para “[...] [e]xpedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las Entidades Promotoras de Salud, por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud” no habilitaban a esa cartera ministerial para establecer el valor máximo de recobros de algunos medicamentos. En ese sentido, la invocación que hacen las resoluciones acusadas a la citada disposición normativa no resulta acertada, de ahí que resulte válido afirmar que el Ministerio de la Protección Social, hoy cartera de salud y protección social se abrogó una competencia que no tenía.

82. Colofón de lo expuesto, se debe precisar que si bien el numeral 1° del artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 2010 le atribuyó la función de revisar el presupuesto definido para la vigencia 2010 en el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, para la asunción de los recobros, en consideración a los principios y medidas adoptadas en dicho decreto; sin embargo, de dicho precepto no se desprende la competencia para establecer el valor máximo de recobros de algunos medicamentos; en últimas, se trata de un asunto diferente al que regulan las resoluciones objeto de enjuiciamiento en este proceso.

83. En la misma cuerda argumental, cabe resaltar que el numeral 3° del artículo 19 del referido Decreto Legislativo 128 de 2010 se limita a señalar que “[...] [p]ara el reconocimiento y pago de los recobros por prestaciones excepcionales en salud



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

que sean efectuadas durante el período de transición, se aplicarán las tarifas y precios publicados en la página web del Ministerio de la Protección Social". Sin embargo, en modo alguno, dicho precepto normativo puede ser entendido como una habilitación para que el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, fije el valor máximo del recobro para algunos medicamentos, como en efecto ocurrió al haber expedido las resoluciones enjuiciadas.

84. Ahora bien, cabe destacar que esta Sección ya tuvo la oportunidad de arribar a similar conclusión en la ya mencionada sentencia de 26 de septiembre de 2019³⁸, consideraciones que, se prohíjan en su oportunidad y, dada su importancia para resolver la cuestión litigiosa del presente proceso, se transcriben *in ex tenso*:

“74.1. La competencia del Ministerio de la Protección Social (Hoy Ministerio de Salud y Protección Social), con base en el numeral 3.º del artículo 173 de la Ley 100, se orienta de manera exclusiva a la reglamentación de los procedimientos administrativos en materia de recobros por los servicios médicos y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por parte de las Empresas Prestadores de Servicios de salud al Fondo de Solidaridad y Garantías, ello, en cumplimiento de las funciones que le corresponde como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía, - FOSYGA-, conforme el artículo 13 de la Ley 1122.

74.1.1. A su vez, conforme el párrafo del artículo 245 de la Ley 100, el Ministerio cumple dentro de la política de regulación de los precios de los medicamentos, cumple las funciones: i) desarrollar un programa permanente de información de precios de los medicamentos, de conformidad con las políticas que, para el efecto, señale la Comisión y ii) fijar los criterios de carácter técnico relacionados con el sector salud para que la Comisión formule la política de regulación de los precios de los medicamentos³⁹.

74.2. La Comisión Nacional de Precios de Medicamentos, conforme el párrafo del artículo 245 de la Ley 100, tiene la competencia para formular las políticas de regulación de precios de medicamentos, entre otras, la de establecer el precio máximo de los medicamentos recobrados al Sistema

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicado: 11001-03-24-000-2010-00279-00, actora: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez, demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social), MP: Hernando Sánchez Sánchez.

En idéntico sentido se puede ser: Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de 5 de febrero de 2013, radicado: 110010315000201000197 00, MP: Bertha Lucía Ramírez de Páez. En dicha decisión, la Sala Plena del Consejo de Estado efectuó el Control Inmediato de Legalidad de la Resolución No. 547 de 12 de febrero de 2010, proferida por el Ministerio de la Protección Social, «Por medio de la cual se establece el precio máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos», la cual, en esencia, guarda idéntico contenido normativo con las resoluciones aquí cuestionadas. En dicha decisión judicial, luego de diferenciarse las facultades a cargo del Ministerio de Salud y de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos, se señaló: «[...] Así entonces, si la Ley 100 de 1993 (párrafo del artículo 245), creó la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y trasladó a ella la facultad contenida en la norma transcrita que ostentaba el entonces Ministerio de Desarrollo, no estaba dentro de las competencias del Ministro de la Protección Social expedir normas de recobro de medicamentos como las contenidas en la preceptiva objeto del Control de Legalidad, razón por la cual resulta forzoso concluir que la misma contraría la normatividad vigente y en consecuencia así habrá de declararse».

³⁹ (Cita es original): Con base en la anterior argumentación, esta Sección decretó la suspensión provisional de los efectos del Decreto 4474 de 29 de noviembre de 2010, expedido por la Nación –Gobierno nacional (conformado por el presidente de la República y de los ministros de la Protección Social y de hacienda y Crédito Público), mediante el cual se estableció el valor máximo para el reconocimiento y pago de recobro de medicamentos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y de las resoluciones 5229 de 2010, 05 de 2011, 1020 de 2011 y 1697 de 2011, expedidas por el Ministro de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social, mediante las cuales se adoptaron medidas para establecer el valor máximo para el reconocimiento y pago de recobro de medicamentos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantías,



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

General de Seguridad Social en Salud por el Fondo de Solidaridad y Garantías.

[...]

85. Por tanto, es posible concluir que el Ministro de la Protección Social (hoy Ministro de Salud y Protección Social) no era competente para incluir los apartes acusados de las resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, toda vez que la función relacionada con la formulación de las políticas de regulación de precios de medicamentos, entre otras, la de establecer el precio máximo de los medicamentos recobrados al Sistema General de Seguridad Social en Salud es por disposición legal y reglamentaria de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y, sin que conforme el artículo 121 de la Constitución Política pudiera ejercer una función distinta a las atribuidas por la Constitución o la Ley".
(Destacado de la Sala)

85. Con fundamento en las anteriores consideraciones, resulta forzoso concluir que el Ministerio de la Protección, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, a la luz del marco normativo analizado carecía de competencia para fijar el precio máximo de los medicamentos recobrados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por ello, se declarará la nulidad de los referidos actos, tal y como quedará consignado en la parte resolutive de este fallo.

86. Sin perjuicio de lo anterior y, entendiendo que tal circunstancia, por sí sola, da lugar a la anulación de los actos administrativos demandados, la Sala estima procedente entrar a abordar el cargo de nulidad sobre la presunta violación a la viabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud.

IV.5.2. Análisis del segundo cargo de nulidad. "LAS RESOLUCIONES QUE SE DEMANDAN ATENTAN CONTRA LA VIABILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD"

87. La parte actora indica que los servicios que deben ser garantizados por las EPS con cargo a la UPC como principal fuente de financiamiento de dichas entidades, se limitan al POS, pues solo así se garantiza la estabilidad financiera del sistema dado que los recursos son limitados.

88. Estima que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el Estado se encuentra obligado jurídicamente a destinar las partidas presupuestales necesarias dentro del gasto público para el cubrimiento de las necesidades básicas en salud de la población colombiana, lo cual también incluye las prestaciones en salud no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, POS ordenadas por el médico tratante que sean necesarias para restablecer la salud de las personas, las cuales deben ser cubiertas por el Fosyga en el Régimen Contributivo y las entidades territoriales en el Régimen Subsidiado, y ello con la finalidad de lograr el equilibrio del sistema en salud.



89. Luego, entonces, si una norma deroga la posibilidad de efectuar el recobro total de tales servicios, o introduce injustificadamente un desequilibrio económico, es contraria a derecho.

90. Para resolver el cargo en mención, resulta pertinente hacer referencia a lo que esta Sección ha señalado en relación con el equilibrio financiero en el Sistema de Seguridad Social en Salud, en sentencia de 15 de mayo de 2016⁴⁰, decisión judicial que sobre el particular indicó:

"7.3.- Desequilibrio Financiero

*En relación con el cargo de la alteración del equilibrio financiero del SGSSS la Sala **no advierte ningún estudio financiero que acredite tal circunstancia**, es decir, que la expedición del artículo 10º de la Resolución No. Resolución No. 4377 de 2010 (sic) ha puesto en riesgo la viabilidad del sistema y su permanencia en el tiempo.*

Lo que observa esta Sala es que, contrario a lo sugerido por la actora, el acto impugnado es consonante con la finalidad del SGSSS al cumplir su fin primordial, cual es, la cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida en condiciones de eficiencia y sin poner en peligro el equilibrio económico del sector salud.

Las razones anteriores hacen que se nieguen las pretensiones por no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que cobija la norma enjuiciada".

91. En efecto, más allá de las afirmaciones, la actora no aportó los estudios financieros que demuestren que se ha puesto en riesgo la viabilidad del sistema financiero y el equilibrio económico en el sector de salud y, por lo tanto, su permanencia en el tiempo. En consecuencia, el argumento en mención será desestimado.

IV.6. Conclusiones

92. Por las razones antes anotadas, la Sala estima que la actora logró desvirtuar la presunción de legalidad de las **resoluciones núms. 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010**, ambas expedidas por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, en razón al cargo de incompetencia que se dio por probado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicado: 11001-03-24-000-2011-00066-00, actora: Marcela Ramírez Sarmiento, demandado: Ministerio de la Protección Social, MP: Guillermo Vargas Ayala.



Radicación: 11001-0324-000-2010-00280-00

Demandante: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada de **oficio y de manera parcial** la excepción de cosa juzgada respecto de las expresiones “[...] valor máximo de recobro [...]” y “[...] valor máximo a reconocer por el Fosyga [...]” contenidas en las resoluciones 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010, expedidas por el Ministro de Protección Social (hoy de Salud y Protección Social) y, en consecuencia, **ESTARSE** a lo resuelto en la sentencia de 26 de septiembre de 2019, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante la cual se anularon tales expresiones, dentro del proceso con radicación 11001-03-24-000-2010-00279-00.

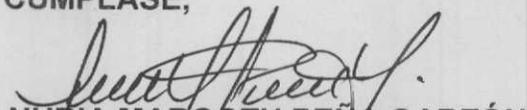
SEGUNDO: Declarar la nulidad de las **resoluciones núm. 649 de 22 de febrero de 2010 y 1265 de 13 de abril de 2010**, ambas expedidas por el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, por lo expuesto en la parte motiva.

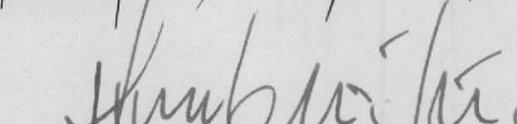
TERCERO: En firme esta providencia, archivar el expediente.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de 28 de septiembre de 2023.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
 Presidente
 Consejero de Estado


NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
 Consejera de Estado (E)


HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
 Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.

P(5)