

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número:
110010324000200500269000

Actor: SUSALUD MEDICINA
REPAGADA

AUTORIDADES NACIONALES

Se decide la acción pública de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra algunos apartes del artículo 19 de la Resolución 003797 de 2004, expedida por el Ministerio de la Protección Social, “Por la cual se reglamentan los comités técnico científicos y se establece el procedimiento de recobro ente el fondo de solidaridad y garantía FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS y fallos de tutela”.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

Solicita la parte actora que se declare la nulidad de algunos apartes del artículo 19 de la Resolución 003797 de 2004, expedida por el Ministerio de la Protección Social y, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, pide que se condene al Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, al pago de conceptos económicos.

Los apartes demandados del artículo 19 de la Resolución 003797 de 2004 son los siguientes:

RESOLUCIÓN NÚMERO 003797 DE 2004 (noviembre 11)

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

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

RESUELVE:

“ ...

“Artículo 19. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos. El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:

a) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS con homólogo. *El valor a reconocer por concepto de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, con homólogo en dicho Acuerdo, será el resultante de restar el valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico-Científico u ordenado en el fallo de tutela, según la factura de*

venta del proveedor, el valor de la cantidad del medicamento homólogo listado en el Acuerdo 228 del CNSSS que en su defecto se suministraría, según el valor certificado en el listado de precios de los proveedores de la entidad;

b) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo. *El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en dicho Acuerdo, será el 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico-Científico u ordenado en el fallo de tutela, según la factura de venta del proveedor;*

“..."

Al valor resultante de los literales de que trata el presente artículo, se le descontará el valor de la cuota moderadora que las EPS, EOC o ARS que le corresponda al afiliado y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

“..."

Subsidiariamente solicita la parte actora se condene al pago de la diferencia que exista entre lo que eventualmente pague la demandada a partir de la fecha de presentación de esta demanda como consecuencia de las cuentas de recobro mencionadas, y el 100% de dichas cuentas, teniendo en cuenta el valor total pagado al proveedor.

Pide igualmente se condene a la demandada a pagar a SUSALUD el lucro cesante en relación con las sumas solicitadas como restablecimiento del derecho y solicita que se ordene a la demandada el pago del 100% de las solicitudes de recobro teniendo en cuenta el 100% de lo pagado al proveedor por Comités Técnico Científicos y por sentencias de tutela, tanto en medicamentos con homólogo como sin homólogo a partir de la ejecutoria de la sentencia en adelante y se condene en costas a la demandada.

Como pretensiones subsidiarias solicita se declare que la Nación - Ministerio de Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, es responsable de la totalidad de los perjuicios económicos (daño emergente y lucro cesante) ocasionados a su SUSALUD, con ocasión del no pago o del

pago parcial de las cuentas de recobro por medicamentos con o sin homólogo ordenadas mediante el procedimiento de los Comités Técnico Científicos y por las sentencias de tutela en los términos planteados en la demanda, teniendo en cuenta el 100% del valor pagado al proveedor. Y como segundas pretensiones subsidiarias solicita se declare que la Nación - Ministerio de Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social se enriqueció sin justa causa.

1.2. Hechos

De acuerdo con el texto de la demanda, se pueden resumir en los siguientes:

El Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, facultades que en modo alguno pueden extenderse a la regulación de prestaciones y aspectos que se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS-, expidió la Resolución 3797 de 2004 la cual derogó en su totalidad las Resoluciones 2948 y 2949 de 2003, y conservó de ellas la regulación en lo referente al pago de los medicamentos recetados por fuera de la lista del POS, tanto por vía de los Comités Técnico-Científicos, como por sentencias de tutela.

La Resolución 3797 de 2004 fue expedida por el Ministerio de la Protección Social sin facultades ni competencia para ello, pues el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, norma en la cual se basó el Ministerio para expedirla, en ningún momento le concede tales facultades, como se concluye de la simple lectura de la norma citada, pues la competencia para regular estas materias está radicada única y exclusivamente en cabeza del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con el artículo 172 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004, se aplica por mandato de la misma resolución (artículo 24 transitorio) a las solicitudes de recobro radicadas con anterioridad a la vigencia de la citada Resolución, cuando los medicamentos con o sin homólogo deben ser asumidos en su totalidad por el Estado- Ministerio de la Protección Social, ya que lo único que fue objeto de delegación en las EPS fue el POS. Esta Resolución, se aplica tanto a medicamentos ordenados por vía de los Comités Técnico Científicos, como por sentencias de tutela.

SUSALUD ha tenido que reconocer a sus afiliados, ya sea por vía de tutela o por orden de los Comités Técnico-Científicos, medicamentos que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS), ya sea que tengan homólogo en el POS o bien sin homólogo, sin que el Estado que es el responsable pleno de esta prestación asuma la totalidad de la misma.

Al recibir el recobro por parte de SUSALUD, el FOSYGA, a través del consorcio FISCALUD, que es por contrato suscrito con el Ministerio de la Protección Social el administrador de los recursos del Fosyga, y bajo su dirección, control y subordinación el encargado de la revisión de las solicitudes de recobro, ha asumido las siguientes conductas: o bien se niega a pagar el total de las cuentas de recobro, mediante el expediente de glosar las cuentas que se presentan por parte de SUSALUD, o bien accede al pago en la forma establecida en la Resolución 3797 de 2004, o bien guarda silencio frente a las cuentas que recibe.

Los perjuicios que se pretenden cobrar en esta demanda se limitan a la aplicación del procedimiento establecido en la Resolución 3797 de 2004 en materia de medicamentos reconocidos por trámite de Comités Técnico Científicos, incluso con anterioridad a la vigencia de la resolución, ya que la

misma es aplicable a dichas solicitudes por mandato del artículo 24; y a los perjuicios derivados del reconocimiento realizado de dichos medicamentos en virtud de sentencias de tutela con posterioridad a la expedición de la Resolución 2949 de 2003, a los cuales por mandato del mismo artículo 24 ya citado se les aplica la norma impugnada por medio de esta demanda.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

La actora invoca como normas vulneradas los artículos 48, 49, 121, 366 de la Constitución Política; los artículos 156, 162, 172, 173, 177, 182 y 218 de la Ley 100 de 1993; el artículo 8 del acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; los artículos 2 y 8 del Decreto 806 de 1998.

En el concepto de la violación expuesto por la actora se indica que la seguridad social es un servicio a cargo del Estado y los particulares lo prestan únicamente en asocio con éste en los términos establecidos en la Ley; por ello, no le es permitido al Estado desplazar su responsabilidad en la prestación de dichos servicios en los particulares, quienes bajo el régimen actual sólo están obligados a asumir las prestaciones establecidas en el POS. En este mismo sentido, las prestaciones no incluidas en el POS, se trate de servicios o de medicamentos, son de exclusiva y total responsabilidad del Estado, y no han sido legalmente delegadas a los particulares, aún si se tratan de EPS.

La norma impugnada desconoce que la salud es un servicio público a cargo del Estado y que no puede desentenderse del mismo, salvo en lo que tiene que ver con el POS, donde se desprende por delegación expresa y, en consecuencia, el mecanismo consagrado en el artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004 para el recobro de medicamentos es nulo, toda vez que la

suma que debe reconocer el Estado, siendo el responsable del servicio es el 100% del medicamento, tenga este homólogo o no, ya que dichos medicamentos no están incluidos expresamente en el POS ni fueron obviamente tenidos en cuenta para determinar la Unidad de Pago por Capitación UPC.

El artículo 121 de la Constitución Política establece que "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley", resulta claro que no existe norma alguna que consagre competencia del Ministerio de la Protección Social para cambiar el alcance y contenido del POS, razón por la cual la norma impugnada adolece de nulidad por falta de competencia de dicho Ministerio para su expedición.

La norma impugnada constituye, ni más ni menos, que una modificación al POS, para lo cual no es competente el Ministerio, y no sólo eso, sino que además desconoce la estructura financiera del sistema, pues al calcular la Unidad de Pago por Capitación UPC, sólo se tuvieron en cuenta las prestaciones incluidas en el POS, razón por la que es imperativo concluir no solo la nulidad objetiva de la norma demandada, sino la falta de competencia del Ministerio para su expedición, situación que conlleva a la tipificación de un abuso o desviación de poder.

El Ministerio al establecer el mecanismo de recobro de medicamentos tanto por procedimientos de Comité Técnico Científico, como por sentencias de tutela, invadió competencias del Consejo Nacional de seguridad Social en Salud, modificó el POS, desconoció el alcance la Unidad de Pago por Capitación y definió parcialmente medicamentos como integrantes del POS, ya que es la única posibilidad de que los mismos sean asumidos por SUSALUD, quien sólo está obligada a asumir las prestaciones expresamente incluidas en el POS.

De las funciones del Ministerio de Salud, especialmente las establecidas en la Ley 10 de 1990, el Decreto Ley 2164 de 1992 y la Ley 60 de 1993, se concluye la falta de competencia del Ministerio para regular el tema consagrado en el artículo 19 objeto de esta demanda.

La dependencia existente desde el punto de vista financiero entre la **UPC** y la obligación de asumir las prestaciones incluidas en el POS por parte de las **EPS**, dependencia que se desconoce en la norma demandada, implica no sólo su nulidad objetiva sino el desequilibrio económico de la relación existente entre **EPS** y Estado, lo que constituye una fuente adicional de responsabilidad.

Ni el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ni el Ministerio de la Protección Social cuentan con facultades para la regulación de asuntos que rebasen las fronteras de la regulación específica del Plan Obligatorio de Salud POS, es decir, en modo alguno cuentan con competencias para dictar actos administrativos de carácter general que regulen prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud POS.

Finalmente el actor esgrime argumentos respecto de la responsabilidad del Estado y el enriquecimiento sin causa como fundamento de sus pretensiones subsidiarias manifestando que expone dichos fundamentos en caso de no proceder la demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. CONTESTACION A LA DEMANDA

El entonces Ministerio de Protección Social, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, con base en los siguientes argumentos:

Este ente Ministerial en ningún momento ha usurpado la competencia del CNSSS para determinar los criterios de utilización y distribución de los recursos del FOSYGA; la norma cuestionada no está fijando un criterio de distribución de recursos, puesto que simplemente establece aspectos o trámites a través de los cuales se da aplicación al procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de prestaciones ordenadas a través de los comités técnico científicos y fallos de tutela.

Lo dispuesto en la resolución demandada no obedece a cosa distinta que a prever el trámite y a fijar los parámetros para efectos del cumplimiento, de las decisiones judiciales como de las decisiones emitidas por los referidos Comités Técnico Científicos que ordenan suministrar medicamentos no contemplados en el POS, de lo cual no le es dable sustraerse a ninguna autoridad, concluyendo así que la resolución controvertida no constituye el ejercicio de la función de fijar los criterios de distribución de los recursos del FOSYGA que siempre ha ejercido el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

A este respecto debe precisarse que teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 8 del Acuerdo 228 de 2002 y lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual el Fondo de Solidaridad y Garantía es una cuenta adscrita al hoy Ministerio de la Protección Social, sin personería jurídica, corresponde al Ministerio señalar las disposiciones y el procedimiento relativo a la autorización y el recobro ante el FOSYGA, de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico.

No debe olvidarse que no obstante ser el CNSS, el Consejo de Administración del FOSYGA a quien corresponde determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos, es en todo caso el Ministerio de la

Protección Social, al que se encuentra adscrito dicho Fondo, el que ejerce la Dirección y Control Integral del mismo y debe garantizar el adecuado cumplimiento y desarrollo de sus objetivos de conformidad con el artículo 5º del Decreto 1283 de 2000

Por lo tanto, si es con cargo a los recursos del FOSYGA, cuya dirección y control integral recae en el Ministerio de la Protección Social, que deben efectuarse los reconocimientos y reembolsos por los conceptos analizados, nada obsta para que sea éste quien determine las condiciones mínimas con sujeción a las cuales procederán reconocimientos económicos como los referidos a los medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de 2002, con mayor razón aún si se tiene en cuenta que de conformidad con el Decreto 1283 de 2002, tanto la capacidad para contratar y comprometer, lo mismo que la ordenación del gasto, sobre las apropiaciones del FOSYGA estarán en cabeza del Ministro de la Protección Social o en quien este delegue.

Por tanto resulta equivocado afirmar que el establecimiento del procedimiento para el recobro ante el FOSYGA como consecuencia de fallos de tutela y Comité Técnico Científico, comporte la abrogación de una competencia que no le corresponde al Ministerio de la Protección Social, pues éste al expedir la Resolución acusada y las que le han antecedido, de la única facultad y competencia que hizo uso, fue de la de expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las EPS y demás entidades del SGSSS.

Ppretender el reconocimiento del 100% que esgrime el demandante, haría incurrir al ordenador del gasto en un detrimento patrimonial, si ordenara el pago de unos medicamentos por un valor del 100%, si en la casi totalidad de

los casos el valor real del mismo es el 50% de dicho valor, pero además porque en los fallos de tutela el respectivo juez no puede ordenar y ninguno lo ha hecho, el pago de una suma determinada sino el pago del valor del medicamento, que no puede aceptarse, en ningún caso, sea el que fije la EPS interesada, razón por la cual los respectivos pagos se efectúan una vez se verifique la procedencia de los mismos, la procedencia del monto y el cumplimiento de los demás requisitos previstos en la norma acusada.

Este principio no puede observarse en forma aislada a la naturaleza de los recursos que financian el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, que se reitera son públicos y que en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 Superior son de destinación específica, ni de la especial protección que respecto de los mismos ordena el Decreto Ley 1281 de 2002.

El Decreto Ley 1281 de 2002 contiene normas dirigidas precisamente a garantizar que los reconocimientos a que hubiere lugar con cargo a los recursos del FOSYGA, sean tramitados en debida forma y ello incluye por supuesto el monto de los recobros y la procedencia de las respectivas sumas recobradas, con la documentación e información soporte y directrices que establezca el Ministerio de Salud hoy Ministerio de la Protección Social y en general previo el cumplimiento de unas condiciones específicas tendientes a evitar fraudes y pagos indebidos o en exceso de lo debido.

No es cierto que las normas demandadas constituyan una modificación del Plan Obligatorio de Salud, que resulte violatoria de las normas constitucionales y legales señaladas, pues esta no está determinando la inclusión de nuevos medicamentos o servicios de salud en dicho plan, sino señalando que en los casos en que no estando incluidos en el POS deban prestarse o suministrarse con del fin de garantizar los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, tendrá lugar el

reconocimiento de los valores según los términos y proporciones señalados, sin que ello se constituya en un mecanismo para que el Estado no sea responsable del servicio como señala el accionante, en perjuicio de las EPS, pues los reconocimientos allí señalados, en todo caso, los asume el FOSYGA.

No sobra concluir que a través de las normas expedidas, tanto el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, como el Ministerio de la Protección Social, al determinar en el respectivo ámbito de competencias lo relativo a los reconocimientos y condiciones razonables en que se producirá el suministro de medicamentos no POS y fallos de tutela, no hacen otra cosa que salvaguardar los recursos del FOSYGA, frente a las pretensiones indebidas para que los mismos se reconozcan en un 100% sin tener parámetros o referentes más que el valor de compra por parte de las EPS, cuando es claro de acuerdo con los estudios de la Defensoría del Pueblo, es de público conocimiento, que en muchos casos los precios pagados exceden en porcentajes superiores al 60% y 70% de su valor real en el mercado, que de aceptarse como pareciera pretenderse, constituiría un detrimento y una desviación de los recursos del Sistema que dichos organismos están obligados a precaver y evitar, como hasta ahora lo han hecho, a través de las acciones, controles, verificaciones, instrucciones, tendientes todas a cumplir con el deber de salvaguardar los recursos del Sistema y de garantizar la correcta destinación de dichos recursos.

Es necesario precisar en todo caso, que las EPS, para la prestación de los servicios de salud, no solo cuentan con la Unidad de Pago por Capitación - UPC, sino que también cuentan con el recaudo de las cuotas moderadoras y copagos, que constituyen recursos de estas entidades (inciso tercero del artículo 187 de la Ley 100 de 1993); los recursos de los planes

complementarios a que se hace referencia en el artículo 169 ibídem; las comisiones por la prestación de servicios de salud a las Administradoras de Riesgos Profesionales; un porcentaje de los rendimientos financieros obtenidos con los recaudos de las cotizaciones antes de su compensación y otros recursos propios tales como la venta de servicios, otros rendimientos financieros y por supuesto recursos de capital, además de los recursos por concepto de recobros de medicamentos y fallos de tutela, que una vez efectuadas las verificaciones y comprobaciones que resultan indispensables, y resultando procedentes, les son reconocidos por el FOSYGA.

Por el contrario, en el estudio de suficiencia POS-UPC elaborado por el Ministerio de la Protección Social para determinar el valor de la UPC, que garantiza la prestación de servicios del POS, arroja un resultado aproximado de gasto promedio en salud por EPS del 81.2% en el Régimen Subsidiado y de 83.8% en el Régimen Contributivo, de acuerdo con los estados financieros reportados a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que desvirtúa por completo la afirmación del demandante acerca del desequilibrio económico.

El Ministerio de la Protección Social con la expedición de la disposición demandada no hizo otra cosa que hacer uso de las facultades y competencias que el marco normativo vigente y especialmente el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 y los requerimientos efectuados por la jurisprudencia constitucional sobre la materia, constituyéndose así como objeto primordial garantizar los bienes sociales supremos de la vida y la salud de las personas, la fluidez de los recursos del SGSSS, su correcta utilización, que como ya se dijo no puede predicarse como lo hace de manera simple el demandante en un detrimento a sus intereses.

La Resolución 2312 de 1998 reglamentó el recobro de medicamentos autorizados por los Comités Técnico Científicos y la Resolución 2949 de 2003, estableció el monto a reconocer y pagar por recobros originados en los fallos de tutela. Con la entrada en vigencia de la Resolución 3797 en Noviembre de 2004, se recogió lo anteriormente señalado y unificando en una sola normatividad lo concerniente al procedimiento de recobros tanto por fallos de tutela como autorizados por los Comités Técnico Científicos; y reguló el monto a reconocer en su artículo 19.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

Por auto de 19 de septiembre de 2012 se ordenó dar traslado para alegar por el término de 10 días al Ministerio Público, quien guardó silencio y a las partes, quienes manifestaron en resumen argumentando:

El demandante básicamente esgrimió los mismos argumentos indicados en el escrito de la demanda, y se pronunció adicionalmente sobre la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y sobre las pruebas practicadas en el proceso en los siguientes términos:

No cabe duda de que el acto demandado corresponde conceptualmente a lo que doctrinal y jurisprudencialmente se ha denominado un acto administrativo de carácter general, los cuales, en principio, solo son susceptibles de control jurisdiccional a través del ejercicio de la acción de simple nulidad. Sin embargo, en atención a la teoría de los móviles y las finalidades, es pacífica la posición jurisprudencial de lo contencioso administrativo al respecto de la viabilidad de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho frente a estos actos, siempre y cuando se interponga dentro de su término de caducidad.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, luego de resolver los recursos oportunamente interpuestos y de desestimar los argumentos presentados, decidió remitir el proceso de la referencia al Consejo de Estado para su conocimiento.

Por auto del 21 de Octubre de 2005, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) inadmite la demanda por ausencia de requisitos formales, pero omite pronunciarse expresamente frente a la procedencia de la acción instaurada.

Por tal motivo se interpuso recurso contra el auto inadmisorio de la demanda, solicitando pronunciamiento expreso del trámite o la acción que se le imprimiría al presente proceso.

Al momento de resolver el recurso de reposición por medio del auto del 3 de Noviembre de 2006, el Despacho nunca mencionó de manera expresa e inequívoca la acción por medio de la cual iba a tramitar el presente proceso, sin embargo, después de resolver una solicitud de aclaración, dio a entender que el trámite otorgado sería de Simple Nulidad.

En conclusión, independientemente de la acción asignada por el Despacho a la demanda de la referencia, resulta absolutamente claro que se acreditaron los presupuestos exigidos doctrinal y jurisprudencialmente para que proceda la indemnización reclamada por el demandante, cuales son la interposición de la demanda dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la causación de unos efectos jurídicos concretos de manera directa e inmediata por parte del acto administrativo general demandado.

Además la parte actora analizó en su escrito de alegatos los testimonios decretados en el trámite del proceso así como el dictamen pericial tendiente

a determinar las cuantías a pagar por parte de la demandada y a favor de la actora resultante de una posible declaración de restablecimiento del derecho.

- El Ministerio de Salud y Protección Social, presentó, sus alegatos reiterando algunos de sus argumentos de la demanda y adicionalmente, hizo énfasis en un tema ajeno al presente proceso, como es el término para los recobros.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Solicita la parte actora que se declare la nulidad parcial del artículo 19 de la Resolución 3797 del 11 de noviembre de 2004 expedida por el Ministerio de la Protección Social, al considerar que esta entidad no solo no es competente para regular el monto a recuperar por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela, sino que, la actora, tiene el derecho de recuperar el 100% del valor del recobro por concepto de suministro de los medicamentos no incluidos en el POS, y no del 50% como lo indica la norma acusada.

Previo al análisis de fondo de los cargos planteados por la demandante es necesario entrar a determinar si se configura, para el presente caso, el fenómeno de la cosa juzgada.

Cosa Juzgada

1) Proceso radicado con el número 110010324000200500112

El acto aquí acusado parcialmente, fue demandado ante esta Corporación en el proceso radicado con el número 110010324000200500112-01¹, en éste, fue solicitada la nulidad de la expresión “50% del” contenida en el literal b) del artículo 19 de la Resolución 3797 del 11 de noviembre de 2004. Por sentencia de 8 de julio de 2010 se definió la controversia suscitada en el proceso anteriormente indicado, resolviendo: **“DECLÁRASE** *la nulidad de la expresión “50% del”, contenida en el literal b) del artículo 19 de la Resolución N° 3797 de 2004 (11 de noviembre), “por la cual se reglamentan los Comités Técnico Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela”....”*.

En este proceso se reiteró jurisprudencia contenida en fallos de 4 de septiembre de 2008 y del 18 de junio de 2009, que dispusieron la nulidad del literal b) del artículo 11 de la Resolución 2948 de 2003, por la falta de competencia del Ministerio de Protección Social y por el desequilibrio económico que se crea al obligar a las entidades que forman parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, a asumir el 50% del costo de los medicamentos no incluidos en los respectivos Acuerdos proferidos por el CNSSS.

Para establecer si se configura en el presente caso el fenómeno de la cosa juzgada, debe tenerse en cuenta lo regulado en el artículo 175 del C.C.A., que prevé:

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

¹ Sentencia de 8 de julio de 2010, expediente No. 110010324000200500112-01, Consejera Ponente; doctora María Claudia Rojas Lasso.

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

En efecto el proceso definido con anterioridad con sentencia de ésta Sala, de 8 de julio de 2010, se declaró la nulidad de la expresión “50% del”, contenida en el literal b) del artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004, por lo que al respecto se configura el fenómeno de la Cosa Juzgada y así se declarará.

2) Proceso radicado con el número No. 110010324000200600197

El artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004 fue demandado ante el Consejo de Estado en proceso 110010324000200600197², y definido por sentencia de 7 de julio de 2011, en la cual se decidió negar las pretensiones de la demanda.

Como ya se dijo, para establecer si se configura en el presente caso el fenómeno de la cosa juzgada, debe tenerse en cuenta lo regulado en el artículo 175 del C.C.A.

El proceso descrito fue definido por sentencia de ésta Sala, de 7 de julio de 2011 denegando las pretensiones de la demanda, por lo tanto la Sala considera necesario dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 267 del C.C.A, y evaluar los requisitos que para tal efecto consagra el artículo 332 del C. de P.C., los cuales son: a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto. b) Que se funde en la misma causa anterior. c) Que en los procesos haya identidad jurídica de parte.

² Sentencia de 7 de julio de 2011, expediente No. 110010324000200600197-00, Consejero Ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

1. Para que se configure la cosa juzgada, respecto del primero de los requisitos mencionados, es decir, la identidad del objeto, resulta evidente que tanto en el proceso radicado bajo el No. 110010324000200600197 como en el que ahora es objeto de decisión se solicita la nulidad del artículo 19 de la Resolución 3797 de 11 de noviembre de 2004.

2. En lo que concierne al requisito de la identidad, “causa petendi juzgada”, como lo denomina el art. 175 del C.C.A., la cual consiste en que los motivos de nulidad alegados en ambos procesos sean los mismos, la Sala constata que las razones que sirvieron de fundamento para solicitar la nulidad del acto acusado en el primer proceso, no coinciden con los expuestos en el asunto sub-exámine ya que en aquel se enfoca la argumentación de la parte actora en el hecho de la exigencia de la norma demandada a la existencia de un fallo de tutela como requisitos para efectuar los recobros del FOSYGA, en tanto que en el presente proceso se centra el debate en la falta de competencia del Ministerio de la Protección Social para expedir el acto acusado y el derecho que tienen las EPS de recuperar el 100% del monto por concepto de suministro de los medicamentos no incluidos en el POS.

Por lo tanto respecto del proceso radicado bajo el No. 110010324000200600197 no se configura la cosa juzgada.

3) Proceso radicado con el número 11001032500020060038800

Igualmente el artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004 , fue demandado en el proceso radicado con el No. 11001032500020060038800³ y fue definido por sentencia de 21 de octubre de 2010.

Dentro del mencionado proceso fue demandada y solicitada la nulidad de *“la Resolución 2933 de 2006, expedida por el Viceministro Técnico encargado de las funciones del despacho del Ministro de la Protección Social, ...y de **los actos administrativos que se relacionan a continuación, por adolecer de los mismos vicios y constituir antecedentes normativos de la Resolución inicialmente mencionada...**”*, entre ellos la **“La Resolución 3797 de 2004**, expedida por el Ministro de la Protección Social, por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud – Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS y de fallos de tutela, norma que deroga las Resoluciones 2948 y 2949 de 2003 y 087 de 2001” (Subraya fuera de texto).

En sentencia de 21 de octubre de 2010 se resolvió, declarar “probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, respecto de los fallos estimatorios proferidos dentro de los expedientes ...y **2005-00112-01 que declararon parcialmente nulos,.... el artículo 19 literal b) de la Resolución 3797 de 2004...**” ; declarar “no probada la excepción de cosa juzgada frente a la Sentencia del 18 de junio de 2009 (Exp. 2004-00410)...”, y, **denegó las demás pretensiones de la demanda.**

³ Sentencia de 21 de octubre de 2010, expediente No. 11001032500020060038800, Concejero Ponente, doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Nuevamente se estudiarán los requisitos establecidos en el artículo 175 del C.C.A a fin de establecer si se configura en el presente caso el fenómeno de la cosa juzgada

"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".

En efecto el proceso definido con anterioridad por sentencia de ésta Sala de 21 de octubre de 2010 contra el acto acusado (artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004), declaró la cosa juzgada de un aparte específico del literal b) del artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004) y **denegó la prosperidad de las demás pretensiones de la demanda**; luego es necesario determinar oficiosamente si en este caso se presenta la cosa juzgada para el resto de los apartes demandados del artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004, para lo cual la Sala considera necesario dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 267 del C.C.A, y evaluar los requisitos que para tal efecto consagra el artículo 332 del C. de P.C., los cuales son:

- a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto.
- b) Que se funde en la misma causa anterior.
- c) Que en los procesos haya identidad jurídica de parte.

Respecto de la cosa Juzgada y el requisito de que en los procesos debe existir identidad jurídica de parte, se tiene en cuenta que la identidad jurídica de parte no es un requisito en los procesos de simple nulidad, así lo ha

establecido la Sala en diferentes oportunidades con las siguientes consideraciones⁴:

“El concepto de cosa juzgada que se predica de las sentencias judiciales se refiere a los atributos de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad de que están revestidas las sentencias ejecutoriadas. Así las cosas, cuando las decisiones de los funcionarios judiciales hacen tránsito a cosa juzgada, significa, por una parte, que las mismas son susceptibles de cumplirse coercitivamente, y por otra parte, que las mismas no pueden ser modificadas por una decisión posterior, salvo las excepciones expresamente reguladas por la ley en tal sentido.

“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que opere el fenómeno de la cosa juzgada es preciso que se reúnan los siguientes elementos: a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; b) Que se funde en la misma causa anterior y c) Que en los procesos haya identidad jurídica de parte. No obstante lo anterior, es del caso señalar que el requisito referido a la “identidad jurídica de las partes”, no tiene aplicación en los procesos contencioso administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaigan producen efectos erga omnes, tal cual lo predica el artículo 175 del C.C.A. cuyo texto más adelante se transcribe, lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial. Adicionalmente, en estos procesos la acción es promovida no en interés particular sino, en defensa del orden jurídico.”

En el presente proceso, a pesar de que la actora presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, fue admitida por esta corporación bajo la consideración plasmada en auto del Despacho Sustanciador, de 3 de noviembre de 2006, referente a que esta Corporación viene conociendo en única instancia acciones de nulidad contra el mismo acto demandado, lo que pone de manifiesto la necesidad de que en este caso prevalezca la competencia del Consejo de Estado para avocar su

⁴ Sentencia de octubre 21 de 2010, expediente No. 11001-03-25-000-2006-00388-00 Consejero Ponente; Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

conocimiento, dado que el acto acusado es de carácter general, impersonal y abstracto.

1. Para que se configure la cosa juzgada, respecto del primero de los requisitos mencionados, es decir, la identidad del objeto, resulta evidente que tanto en el proceso radicado bajo el No. 1001032500020060038800 como en el que ahora es objeto de decisión, la petición principal es la misma, pues en ambos se pretende la declaratoria de nulidad del artículo 19 del la Resolución 3797 de 11 de noviembre de 2004, proferida por el Ministerio de la Protección Social.

2. En lo que concierne al requisito de la identidad, “causa petendi juzgada”, como lo denomina el art. 175 del C.C.A., la cual consiste en que los motivos de nulidad alegados en ambos procesos sean los mismos, la Sala constata que el concepto de la violación que sirvió de fundamento para solicitar la nulidad del acto acusado en el primer proceso, coincide en esencia con los expuestos en el asunto sub-exámene:

En efecto, las normas violadas y el concepto de la violación aducido en el proceso No. 1001032500020060038800, definido mediante sentencia del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2010 fueron las siguientes, según la propia sentencia:

“No sobra añadir a lo anterior, que mientras en este proceso se señalaron como violados los artículos 121, 150 (numerales 2º, 21º y 23º), 189 (numeral 11º), 208, 209 y 334 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 156, 162, 172, 173, 182 y 188 de la Ley 100 de 1993; el artículo 121 del Decreto 2150 de 1995; y el artículo 8º de la Ley 10ª de 1990, ...”

“El problema jurídico radica en establecer si el Ministerio de la Protección Social tenía o no la competencia para establecer el procedimiento y el monto a reconocer por recobro de medicamentos y procedimientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y para ampliar las cargas y las obligaciones que deben asumir las EPS, las ARS y las EOC dentro del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud.

“ ...

*Tal como se expuso al resumir los argumentos y pretensiones de la demanda, la parte actora considera que los actos acusados adolecen de **falsa motivación** y **fueron proferidos por el Ministro del ramo sin tener competencia para ello**, usurpando las facultades de regulación y reglamentación que la Carta atribuye al legislador y al Presidente de la República, respectivamente, **todo lo cual contradice el principio de legalidad y es constitutivo de una desviación de poder**, por cuanto el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, según su interpretación, no autoriza al Ministro para reglamentar los Comités Técnicos-Científicos; determinar la extensión de las obligaciones a cargo de las EPS, ARS y EOC; y menos aún para definir procedimientos y establecer límites al monto de los recobros, afectando el equilibrio de las cargas económicas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)”*

En el presente proceso se identificaron como violadas las siguientes normas:

Los artículos 48, 49, 121, 366 de la Constitución Política; los artículos 156, 162, 172, 173, 177, 182 y 218 de la Ley 100 de 1993; el artículo 8 del acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; los artículos 2 y 8 del Decreto 806 de 1998.

La parte actora argumenta en su concepto de la violación que el Ministerio de la Protección Social no era competente para regular las materias contenidas en los apartes demandados de la Resolución 3797 de 2004, ya que dicha competencia corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con el artículo 172 y 182 de la Ley 100 de 1993; también argumenta que no se debió establecer como porcentaje del recobro de suministro de los medicamentos no incluidos en el POS el 50% de su valor,

ya que crea un desequilibrio económico para las EPS quienes están obligadas solamente por el POS, por lo tanto el recobro debe ser del 100%.

Hasta lo aquí expuesto, podría concluirse que se está en presencia de la figura de la cosa juzgada, para el presente caso; sin embargo, de la lectura de las consideraciones de la sentencia no puede extraerse la suficiencia de la decisión respecto del cargo referente a la falta de competencia del Ministerio de Protección Social, dentro del proceso que ahora es materia de decisión, dado que el actor argumenta de conformidad con **el artículo 172 y 182** que la competencia para regular la materia de los apartes demandados es del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

En efecto, en la sentencia proferida dentro del proceso 1001032500020060038800, que ahora se analiza para llegar a concluir o no la configuración del fenómeno de la cosa juzgada, se llega a la conclusión de que el Ministerio de Protección Social si tenía la competencia para expedir la norma que ahora se acusada, consideraciones desarrolladas con base en **el artículo 173** de la Ley 100 de 1993, como se puede observar:

“Según lo previsto en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, el Ministro de Salud (hoy de la Protección Social), tiene asignada la función de “2. 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.” y de “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.” (El resaltado es ajeno al texto)

Las funciones indicadas en el párrafo anterior, ya habían sido atribuidas por el artículo 8º de la Ley 10ª de 1990 al entonces denominado Ministerio de Salud,

*al cual “[...] le corresponde formular las políticas y dictar todas las normas científico-administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema [...]”. En el párrafo de dicha disposición se definieron los conceptos de “**Normas científicas**” y “**Normas administrativas**” de la siguiente manera:*

Art. 8° de la Ley 10ª de 1990 [...]

Parágrafo. *Para los efectos de este artículo, se entiende por:*

a) Normas científicas: *el conjunto de reglas de orden científico y tecnológico para la organización y prestación de los servicios de salud;*

b) Normas administrativas: *las relativas a asignación y gestión de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros.*

Con base en las normas técnicas y administrativas se regularán regímenes tales como información, planeación, presupuestación, personal, inversiones, desarrollo tecnológico, suministros, financiación, tarifas, contabilidad de costos, control de gestión, participación de la comunidad, y referencia y contrarreferencia.

*Así las cosas y a diferencia de lo expresado por los demandantes, la Sala considera que **las disposiciones referidas a la organización y funcionamiento de los Comités Técnico-Científicos** contenidas en las decisiones demandadas, encajan perfectamente dentro del concepto de “normas administrativas” anteriormente mencionado, por referirse a asuntos que sin duda tienen ese carácter. En ese orden de ideas, **resulta acertada la invocación que se hizo del artículo 173 de la Ley 100 de 1993 como sustento normativo de los actos acusados**, motivo por el cual no es válido predicar que con la adopción de tales preceptos se hayan usurpado las facultades legislativas del Congreso ni las reglamentarias del Presidente de la República, ni mucho menos que los mismos sean contrarios al ordenamiento jurídico superior.”*

Por lo anterior resulta, para el presente caso insuficiente el análisis requerido, respecto de la competencia para expedir las disposiciones acusadas en el presente proceso.

Por lo anterior, entra la Sala a estudiar de fondo los argumentos de la parte actora, con los que pretende la nulidad lo demandado en este proceso, en lo que aún no ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, específicamente el cargo relacionado con la falta de Competencia del Ministerio de Protección Social para expedir las disposiciones acusadas en el presente proceso.

El caso Concreto

El actor básicamente considera que los apartes demandados de la Resolución 3797 de 2004 fue expedida por el Ministerio de la Protección Social sin competencia para ello, pues el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, norma en la cual se basó el Ministerio para expedirla, en ningún momento le concede tales facultades, pues la competencia para regular estas materias está radicada única y exclusivamente en cabeza del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Para el estudio de este punto resulta necesario volver sobre la sentencia dictada por ésta Sala de 8 de marzo de 2013, Consejera Ponente doctora María Claudia Rojas Lasso, por la cual se declaró la nulidad de la expresión “50% del”, contenida en el literal b) del artículo 19 de la Resolución N° 3797 de 2004; en aquella oportunidad se consideró:

“Es importante para tomar la decisión, tener en cuenta que con la aparición de la acción de tutela y su impacto en el Sistema de Seguridad Social, se han venido expediendo por parte del Ministerio de la Protección Social diferentes disposiciones que reglamentan el monto a reconocer por el recobro de medicamentos al Fosyga, que no tengan un similar u homólogo dentro del listado, que distinguen entre los autorizados por los Comités Técnico-

Científicos de las EPS, ARS y entidades adaptadas, entre ellas, la Resolución N° 2312 del 12 de junio de 1998 y la Resolución N° 2948 del 3 de octubre de 2003 que derogó la anterior y así como los medicamentos que se suministran en acatamiento de fallos de tutela, como es el caso de la Resolución N° 2949 de 2003.

Las Resoluciones N°s 2948 y 2949 de 2003, fueron derogadas con la entrada en vigencia de la Resolución 3797 de 2004 acusada, que las recogió en un único texto, como se observará más adelante.

Las Resoluciones N°s 2312 de 1998, 2948 de 2003 y 2949 de 2003 antes mencionadas que fueron expedidas por el Ministerio de la Protección Social, fueron demandadas separadamente en acción de nulidad, sobre lo cual se pronunció esta Sección ... mediante sentencias proferidas el 4 de septiembre de 2008⁵ la primera y las otras dos el 18 de junio de 2009⁶.

Si bien los citados fallos se expidieron, cuando las resoluciones antes citadas ya no estaban en vigencia, como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, el hecho de que el acto acusado haya sido derogado o subrogado por un acto posterior, no constituye motivo legal suficiente para abstenerse de realizar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, teniendo en cuenta los efectos que dicho acto pudo haber producido mientras estuvo vigente.

La Resolución N° 2312 de 1998, en su artículo 3° numeral 3 disponía, en cuanto al monto de los recobros de medicamentos no listados:

*“**ARTÍCULO 3°.** Monto del recobro de medicamentos. El monto del recobro de medicamentos no listados en el Acuerdo 83, se hará sobre los siguientes cálculos:*

“.....

***3. En caso tal que el medicamento no tenga un similar dentro del listado y su prescripción sea insustituible, el valor se reconocerá sobre el 50% del P.M.P. promedio vigente del total del tratamiento suministrado.** En todos los casos para la selección del*

⁵Rad. 2003-00327-01, C.P. Dr Camilo Arciniegas Andrade

⁶ Rad. 2004 00139 01 y 2004 00175 01 (Acumulados), C.P. Dr Rafael Ostau de Lafont Pianeta y,

Rad. 2004-00340, C.P. Dr Marco Antonio Velilla Moreno

medicamento similar prescrito fuera del listado y que se debe descontar, se tendrán como criterios indispensables el efecto terapéutico deseado y su origen farmacológico.

4. La diferencia de los productos enunciados en los numerales 1°, 2°, o el valor resultante en el numeral 3°, será el monto total del recobro.

....” (resaltada la parte demandada)

La sentencia del 4 de septiembre de 2008, declaró nulas las expresiones subrayadas, por considerar que introducen un desequilibrio en el Sistema, trátese de EPS o de ARS en cuanto consiente la compensación apenas parcial del precio de un medicamento no incluido en el POS porque la finalidad de la subcuenta de compensación es equilibrar a las EPS el desbalance que llegue a existir entre sus ingresos por cotizaciones y el monto de las unidades de pago por capitación reconocido por el Sistema, lo que no admite la existencia de estos desequilibrios, y que, si llegaren a existir, el CNSS es el encargado de compensarlo con los recursos del FOSYGA, lo que encierra una típica medida de administración de los recursos, cuyo manejo está reservado al Consejo Nacional de Seguridad Social; luego el Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social, no tenía competencia para expedir las disposiciones acusadas.

La Resolución 2948 del 3 de octubre de 2003, sobre el tema que se viene analizando, disponía en el literal b) del artículo 11:

“ARTÍCULO 11. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos. *El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen adicionen o sustituyan, se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:*

“.....

“b. El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en dicho Acuerdo, será el 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico-Científico según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto.

*Al valor resultante de los literales a) **y b)** del presente artículo, se le descontará el valor de la cuota moderadora que aplique al afiliado, y*

este total será el valor a pagar por el Fosyga". (se subraya la parte demandada)

Mediante sentencia del 18 de junio de 2009, se declaró la nulidad de los apartes resaltados, por las mismas razones que dieron lugar a la expedición de la Resolución 2312 de 1998, es decir, porque el Ministerio de la Protección Social no era competente para expedir la norma, porque si se inspeccionan con detenimiento los numerales y párrafos del artículo 172 de la Ley 100 de 1994, se puede advertir sin mayor dificultad que en ellos se encierra una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSS y porque el FOSYGA es una cuenta que si bien se encuentra adscrita al Ministerio de la Protección Social, es administrada por el CNSS, quien debe determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos.(art. 218 de la Ley 100 de 1993 y art. 6° del Decreto 1283 de 1996).

La otra razón por la cual declaró nula la disposición demandada, fue porque consideró que está propiciando un desequilibrio económico, al obligar a las entidades que forman parte del sistema de seguridad social en salud, a asumir el 50% del costo de los medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de 2002, proferido por el CNSSS, pues de conformidad con lo dicho en el acápite anterior, el valor de los mismos no es tenido en cuenta al momento de determinar el monto de las Unidades de Pago por Capitación -UPC-, a las cuales tienen derecho las EPS por cada afiliado o beneficiario. Dijo la sentencia:

“La Unidad de Pago por Capitación refleja el costo de los servicios administrativos a cargo de las EPS y los costos que conlleva la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería. Uno de los presupuestos basilares del régimen jurídico de la seguridad social en salud está representado por el principio de eficiencia, lo cual explica que el Sistema no admita la existencia de desequilibrios económicos que puedan poner en riesgo la prestación y la continuidad de los servicios de salud, en términos de universalidad, oportunidad y calidad.

Lo anterior explica la razón por la cual el artículo 219 de la Ley 100 de 1993 estableció la subcuenta de compensación como parte del FOSYGA, la cual fue creada precisamente para evitar o conjurar situaciones de inestabilidad y desajuste económico que puedan llegar a comprometer la perdurabilidad del Sistema y afectar la prestación de los servicios que de él forman parte, cuando tales situaciones hayan tenido origen en el desbalance entre los ingresos percibidos por concepto de las cotizaciones y el monto de las unidades de pago por capitación.”

En conclusión, el fallo del 18 de junio de 2009 declaró la nulidad de las disposiciones demandadas, al concluir que el Ministerio del ramo no era competente para proferir el acto acusado y que la norma demandada sí está propiciando un desequilibrio económico, al obligar a las entidades que forman parte del sistema de seguridad social en salud, a asumir el 50% del costo de los medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de 2002, proferido por el CNSSS.

Por su parte la Resolución 2949 del 3 de octubre de 2003 disponía:

*“Artículo 2°. Monto a reconocer y pagar por recobros **originados en fallos de tutela***

*b) el valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en el mismo, **será el 50% del valor de la cantidad del medicamento según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el ministerio de la protección Social para tal efecto”.***

La Sección mediante providencia del 18 de junio de 2009, rad. 2004 -00340, resolvió no decretar la nulidad de la disposición pretranscrita porque señaló que en este caso hay un **recobro originado en un fallo de tutela**. Consideró esta sentencia:

“En lo que respecta al literal b), inciso 1°, del artículo 2°, acusado, debe denegarse la declaratoria de su nulidad.

*En efecto, la Sala en sentencia de 4 de septiembre de 2008, (Expediente núm. 2003-00327, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), reiterada en sentencia de 18 de junio de 2009 (Expedientes acumulados 2004-00139 y 2004-00175, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), al estudiar los artículos 3° de la Resolución núm. 2312 de 12 de junio de 1998 y 11, literal b), de la Resolución núm. 002948 de 3 de octubre de 2003, declaró la nulidad de los mismos, los cuales preveían **que en relación con medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS, sin homólogo, el monto a pagar sería del 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico Científico, según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto**, por cuanto consideró la Sala que tal disposición introducía un desequilibrio en el sistema de seguridad social, amén de que encerraba una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA cuyo manejo estaba reservado al CNSSS; y que en dicho valor no se tiene en cuenta al momento de determinar el monto de las unidades de pago por capitación, a las cuales tienen derecho las EPS por cada afiliado o beneficiario.*

Ahora, en el caso de la disposición en estudio no son válidas las anteriores consideraciones, habida cuenta de que dicha disposición está referida al **MONTO A RECONOCER Y PAGAR POR RECOBROS ORIGINADOS EN FALLOS DE TUTELA**, lo cual determina una situación

fáctica totalmente diferente de la que se tuvo en cuenta en las precitadas sentencias, cuyas normas anuladas no guardaban relación con recobros originados en fallos de tutela. Por ende, las consecuencias jurídicas deben ser distintas, ya que, como se verá más adelante, precisamente, lo que se trata de evitar es que los usuarios de la salud no se vean avocados a acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de su derecho a la salud y a la vida, lo que encuentra plena justificación en cuanto a que el reconocimiento del valor a pagar sea parcial”.

Ahora bien, la disposición aquí acusada, contenida en el literal b) del artículo 19 de la Resolución N° 3797 del 11 de noviembre de 2004 transcrito en precedencia, reguló las dos situaciones que se demandaron y se resolvieron separadamente en las sentencias citadas, a saber:

- 1. Que el valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en dicho Acuerdo será el 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico-Científico, y*
- 2. Que el valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en dicho Acuerdo será el 50% del valor de la cantidad del medicamento ordenado en fallo de tutela.*

*En relación con la primera de las situaciones, la Sala reitera la jurisprudencia expuesta en los fallos del 4 de septiembre de 2008 y del 18 de junio de 2009, que dispusieron la nulidad del literal b) del artículo 11 de la Resolución 2948 de 2003, por las mismas razones allí expuestas, es decir, **por falta de competencia del Ministerio de la Protección Social** y por el desequilibrio económico que se crea al obligar a las entidades que forman parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, a asumir el 50% del costo de los medicamentos no incluidos en los respectivos Acuerdos, proferidos por el CNSSS.*

En cuanto a la falta de competencia, se tiene que, en efecto, el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, dispone:

ARTICULO 172. Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. *El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:*

- 1. Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro.*
- 2. Definir el monto de la cotización de los afiliados del Sistema, dentro de los límites previstos en el artículo 204 de esta Ley.*

3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación según lo dispuesto en el artículo 182 del presente libro.
4. Definir el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud.
5. Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud.
6. Definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60 de 1993.
7. Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente Ley.
8. Definir el régimen que deberán aplicar las entidades promotoras de salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo.
9. Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.
10. Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el Gobierno Nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgos catastróficos, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.
11. Reglamentar los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud.
12. Ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía.
13. Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
14. Adoptar su propio reglamento.
15. Las demás que le sean asignadas por Ley o que sean necesarias para el adecuado funcionamiento del Consejo.

Parágrafo 1. Las decisiones anteriores que tengan implicaciones fiscales y sobre la calidad del servicio público de salud requerirán el concepto favorable del Ministro de Salud.

Parágrafo 2. El valor de pagos compartidos y de la Unidad de Pago por Capitación, UPC, serán revisados por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal. En caso de que no se haya revisado la UPC al comenzar el año, ésta se ajustara en forma automática en una proporción igual al incremento porcentual del salario mínimo aprobado por el Gobierno Nacional el año inmediatamente anterior.

Parágrafo 3. Las definiciones de que tratan los numerales 1, 4, 5, 7 y 11 del presente artículo deberán ser adoptadas por el Gobierno Nacional.”

Como bien lo dijo el fallo del 18 de junio de 2009, rad. 2004 0013901 y 2004 00175 (acumulados) si se inspeccionan con detenimiento los numerales y párrafos de la disposición transcrita, se puede advertir sin mayor dificultad que en ellos se encierra una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSSS y que si bien esta es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, es administrada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Además al tenor del artículo 218 de la Ley 100 de 1993 quien debe determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos, es el CNSSS; dispone esta norma:

“ARTÍCULO 218. CREACIÓN Y OPERACIÓN DEL FONDO. Créase el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos”.

De lo anterior se colige entonces, que el Ministerio del ramo no era competente para proferir el acto acusado.

Por las razones expuestas, se declarará la nulidad de la expresión “50% del” contenida en el artículo 19 literal b) de la Resolución N° 3797 del 11 de noviembre de 2004.

Respecto de la segunda situación presentada en la norma acusada, esto es, en cuanto a que el valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo, deba ser el 50% del valor de la cantidad del medicamento ordenado en fallo de tutela, por las mismas razones antes expuestas, la Sala declarará su nulidad.

En efecto, como ya lo dijo la Sala, el Ministro de la Protección Social no era competente para expedir normas relacionadas con funciones administrativas de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSSS de conformidad con el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 y que si bien esta es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, es administrada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, luego la disposición por el sólo hecho de haber sido expedida por una entidad que no tenía competencia para ello, al tenor del artículo 84 del C.C.A. debe ser declarada nula.

Si bien es cierto que la Ley 1122 de 2007 declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-463 del 14 de mayo de 2008, en la cual se soportó la sentencia proferida el 18 de junio, rad. 2004 00340 01, en su artículo 14 dispuso algunos criterios para establecer el monto que deben pagar las EPS y el Fosyga por el costo de los medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, lo cierto es que es una norma expedida con posterioridad a la Resolución que en la presente se analiza, N° 3797 del 11 de noviembre de 2004, que como ya se dijo, fue expedida por el Ministerio de la Protección Social, sin tener competencia para ello, motivo suficiente para declarar su nulidad.”

(Subrayas fuera de texto)

Las disposiciones demandadas en el presente proceso, contenidas en los literales a) y b) y los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 19 de la Resolución 3797 de 11 de noviembre de 2004 corresponden a criterios de utilización y distribución de recursos del FOSYGA, en efecto, el encabezado del artículo parcialmente demandado, señala que “El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este de la siguiente forma:...”, y el contenido de los apartes demandados se refieren a la forma el modo y

porcentaje de compensación del precio de los medicamentos no incluidos en el POS con homólogo o sin homólogo, respecto del Acuerdo 288 del CNSSS (Manual de Medicamentos del Pos) que fueran asumidos por las EPS, ARS o EOS; compensación que estaría a cargo del FOSYGA, normas estas que comprenden medidas de administración de los recursos de dicho fondo.

Prohíja la Sala la sentencia anteriormente transcrita, en la cual a su vez, se reitera la jurisprudencia de la Sala de fallos de 4 de septiembre de 2008 y del 18 de junio de 2009, por las consideraciones allí expuestas, en el sentido de que el Ministerio de la Protección Social no era competente para expedir normas relacionadas con funciones administrativas de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al Consejo Nacional de Seguridad Nacional en Salud de conformidad con el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 que prevé que "...El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinara los criterios de utilización y distribución de sus recursos". Y que si bien, al tenor de la misma norma, el FOSYGA es una cuenta adscrita al ahora Ministerio de Salud y Protección Social, su administración corresponde al CNSSS, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, cuando al establecer las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el numeral 12) indica: "Ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía". Por lo anterior, el Ministerio de Protección Social no era competente para expedir las normas acusadas por lo que habrá de declararse su nulidad.

La Sala llega a la conclusión de que en sentencia de 21 de octubre de 2010, se analizó la Competencia del Ministerio de Protección Social, de conformidad con el cargo planteado por el actor del aquel proceso, es decir

respecto de las funciones específicas para el Ministerio de Protección Social contenidas en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, como se observó del análisis anterior existe norma específica que entrega funciones específicas al **Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del cual hacia parte el Ministerio de Protección Social** (art. 171 de la Ley 100/93), **para administrar los recursos del FOSYGA estableciendo los criterios de utilización y distribución de dichos recursos.**

Ahora bien, respecto de la pretensión de restablecimiento del derecho solicitada por el demandante, como se estableció, la demanda fue admitida por esta corporación bajo la consideración plasmada en auto del Despacho Sustanciador de 3 de noviembre de 2006, en el que se plantea que ésta Corporación viene conociendo en única instancia acciones de nulidad contra el mismo acto demandado, lo que pone de manifiesto la necesidad de que en este caso prevalezca la competencia del Consejo de Estado para avocar su conocimiento, dado que el acto acusado es de carácter general, impersonal y abstracto; además, del texto de las normas acusadas no se extrae un perjuicio directo para la parte actora por lo que no es dable el restablecimiento del derecho.

Respecto de las pretensiones subsidiarias de la declaración de responsabilidad del estado – enriquecimiento sin causa, estas son pretensiones que pertenecen a otro tipo acción, por lo que no es posible resolver sobre ellas la presente sentencia.

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

FALLA

PRIMERO. DECLÁRASE probada la excepción de cosa juzgada y, en consecuencia, **ESTÉSE A LO RESUELTO** en la sentencia de 8 de julio de 2010, que decidió el proceso de nulidad radicado con el No. 11001032400020050011201, con ponencia del señora Consejera Dra. María Claudia Rojas Lasso, respecto de la nulidad de la expresión “50% del”, contenida en el literal b), del artículo 19 de la Resolución 3797 de 11 de noviembre de 2004, expedida por el Ministerio de la Protección Social.

SEGUNDO. DECLÁRASE la nulidad de los siguientes apartes demandados del artículo 19 de la Resolución 3797 de 11 de noviembre 2004, expedida por el Ministerio de la Protección Social, excepto la expresión “50% del” respecto de la cual se ha declarado probada la excepción de cosa juzgada:

“Artículo 19. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos. El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:

a) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS con homólogo. *El valor a reconocer por concepto de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, con homólogo en dicho Acuerdo, será el resultante de restar el valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico-Científico u ordenado en el fallo de tutela, según la factura de venta del proveedor, el valor de la cantidad del medicamento homólogo listado en el Acuerdo 228 del CNSSS que en su defecto se suministraría, según el valor certificado en el listado de precios de los proveedores de la entidad;*

b) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo. *El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en dicho Acuerdo, será el (...)valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico-Científico u ordenado en el fallo de tutela, según la factura de venta del proveedor;*

“... ”

Al valor resultante de los literales de que trata el presente artículo, se le descontará el valor de la cuota moderadora que las EPS, EOC o ARS que le corresponda al afiliado y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

“... ”

TERCERO. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO