

586

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil doce (2012)

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
ACCION DE NULIDAD
Actor: SALUD TOTAL S.A.

La EPS SALUD TOTAL S.A., actuando por medio de apoderado, y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Concepto número 189351 de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, suscrito por la Secretaría Técnica del mismo y el Director General de Gestión de la Demanda, relativo a la inclusión del procedimiento denominado Trasplante de Células de Cordón Umbilical, en el Plan Obligatorio en Salud -POS-.

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.1.- La demandante plantea contra el concepto atacado los siguientes cargos: (i) violación de la ley al incluir en el POS el trasplante de células de cordón umbilical; (ii) transgresión del principio de equilibrio financiero consagrado en el artículo 27 de la Ley 100 de 1993; (iii) Incompetencia de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y del Director General de Gestión de la Demanda para definir el alcance del POS.

1.2.- El concepto de la violación fue expuesto por el accionante en los siguientes términos:

1.2.1.- Comienza la actora por referirse a la naturaleza jurídica del acto demandado, afirmando que se trata de un acto administrativo pasible de ser revisado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dado que a través del citado concepto se dio respuesta al requerimiento que hiciera SALUD TOTAL S.A. a la autoridad que define el Plan Obligatorio de Salud -POS-

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

para que con base en sus competencias legales y todos sus insumos técnicos y financieros, estableciera si el Trasplante de Células de Cordón Umbilical, hacía o no parte del POS.

Tal definición tiene efectos jurídicos concretos ya que la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS- modificó derechos.

La concreción de los efectos jurídicos del concepto atacado se desprende del hecho de que por disposición legal se rechazan por parte del FOSYGA los recobros de las sumas de dinero que las EPS erogan para este tipo de tratamientos, cuando el CNSSS ha considerado que un tratamiento o insumo suministrado es parte del POS.

1.2.2.- Se violaron los límites legales que establecen la prestación de servicios en el país y la exclusión del POS de aquellos tratamientos experimentales, así como el hecho de que se requiera concepto previo y favorable del Ministerio de Hacienda cuando el ejercicio de sus funciones tenga implicaciones fiscales.

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

Con el acto acusado se abre la puerta para que se consideren, todo tipo de terapias sin seguimientos clínicos suficientes, en las cuales se proponga como alternativa un trasplante con células de cordón umbilical a partir del hecho de que éste se ha incluido como parte del POS.

Anota que si el mismo concepto señala que está por aclararse si en efecto la modalidad del trasplante de médula tiene el carácter de experimental, mal podría al mismo tiempo afirmar que trasplante con células de cordón umbilical es un procedimiento incluido en el POS.

En consecuencia, el concepto reprochado violaría el artículo 18 del la Resolución 5261 de 1994 del entonces Ministerio de Salud cuyo tenor es:

ARTICULO 18. DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:

d. Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico científicas a nivel mundial o aquellos de carácter experimental.

(...)

Este criterio fue también acogido en el Acuerdo 008 del CNSSS.

Añade que al incluir en el POS el trasplante con células de cordón umbilical no se emplearon los criterios señalados en el artículo 3 del Acuerdo 31 de 1996, esto es, las necesarias consideraciones técnicas, financieras o de perfil epidemiológico o algún otro de los criterios que deben sostener una decisión como la cuestionada.

1.2.3.- Con la decisión atacada se quebranta el principio de equilibrio financiero consagrado en el artículo 27 de la Ley 100 de 1993, que implica el deber de la administración de poner a la EPS en condiciones de cumplir el servicio, equilibrio que hoy se encuentra amenazado por hechos ajenos al co-contratante del Estado, ya que el concepto demandado implica prestar servicios que no estaban en los cálculos iniciales de la UPC no en

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

el POS, pues en Colombia no existe la posibilidad de ese procedimiento y el insumo para realizarlo solo se consigue en el exterior.

1.2.4.- En cuanto a la incompetencia de los funcionarios que firmaron el concepto censurado, considera la actora que ella se deriva de la violación de la Ley 100 de 1993 en sus artículos 171 parágrafo y 172 numeral 1 que establecen que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud "El Consejo tendrá un secretario técnico que será el Director General de Seguridad Social del Ministerio de Salud, cargo que se creará para el efecto, o quien haga sus veces. A través de esta secretaria se presentarán a consideración del Consejo los estudios técnicos que se requieran para la toma de decisiones" y que compete a dicho Consejo "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".

Adicionalmente ninguna de las funciones de la Secretaría Técnica del CNSSS consagradas en el Acuerdo 31 de 1996 permite concluir que es facultad de dicho funcionario

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

definir el contenido del POS o interpretarlo o absolver consultas que tengan como efecto práctico la inclusión de procedimientos, insumos o medicamentos en el POS.

Es pues de competencia del CNSSS determinar el contenido del POS, facultad que no se estableció en cabeza de la Secretaría Técnica de ese organismo.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

2.1.-CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

EL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL defendió la legalidad del concepto demandado en los siguientes términos:

2.1.1. - No es cierto que el concepto este determinando y menos ordenando la inclusión en el POS del trasplante de células de cordón umbilical como modalidad del trasplante

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

de médula ósea, sino que simplemente señala que aquel es una modalidad de este.

2.1.2. - No es tampoco cierta la presunta inclusión en el POS (experimental o no) de consecución de células madre, a través del citado concepto, pues de su contenido se desprende que está circunscrito al territorio nacional y/o con instituciones prestadoras de servicios de salud existentes en el país y en caso de requerirse el trasplante con insumos no disponibles en el país, la EPS no está obligada a cumplir dicho elemento y su responsabilidad estará limitada a lo que se pueda realizar en el territorio nacional.

2.1.3. - No es válido ni correcto afirmar que el citado concepto incurra en violación de la ley al incluir en el POS el trasplante de células madre, prohibida por la normatividad de la seguridad social, cuando el concepto demandado, que no es vinculante ni obligatorio, y que supuestamente está determinando dicha inclusión. Señaló que (i) el ámbito de responsabilidades de atención y/o financiación por parte de las entidades de aseguramiento, esta circunscrito al territorio nacional y/o con

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

instituciones prestadoras de servicios de salud existentes en el país; (ii) que cuando se requiera trasplante de médula ósea en cualquiera de sus modalidades y se deban usar recursos o insumos no disponibles en el país, (como podría ser el uso de células progenitoras extraídas de sangre del cordón umbilical) la EPS no está obligada a cubrir dicho elemento o recurso; (iii) que la responsabilidad de las EPS estará limitada a lo que se pueda realizar en el territorio nacional.

2.1.4. - El citado concepto no es concluyente, contundente ni definitivo en cuanto a considerar que el procedimiento con células madres no sea experimental, pues se limita a señalar que *"si bien por disposición expresa del Acuerdo 008 del CNSSS y de la Resolución 5261 de 1994 en su artículo 18, se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud los tratamientos considerados experimentales, está por aclararse si en efecto la mencionada modalidad de trasplante de médula tiene tal carácter (...), lo cual quiere decir que dicho concepto ni afirma ni niega que dicho procedimiento sea experimental.*

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

2.1.5. - En relación con la nulidad por violación directa del principio de equilibrio financiero reitera que el concepto demandado en modo alguno está determinando la inclusión de este procedimiento en el Plan Obligatorio de Salud y que así expresamente se señala en el mismo.

2.1.6. - Respecto del cargo de incompetencia de la Secretaría Técnica del CNSSS y del director General de la Gestión de la Demanda para definir el alcance del Plan Obligatorio de Salud, señala la demandada que la nulidad a que alude el accionante no se configura en el presente caso porque las instancias por él aludidas no determinaron en ningún momento la inclusión de ningún procedimiento y menos al que hace referencia el demandante en el POS.

La Secretaría Técnica y la Dirección de Gestión de la demanda se limitaron a expresar unas consideraciones y efectuar unas observaciones bajo la salvedad expresa de que lo hacían "teniendo en cuenta las consecuencias y

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

responsabilidades del Consejo", las cuales no son asertivas, definitivas, ni concluyentes y en todo caso dejan a salvo la responsabilidad de las EPS que está limitada y condicionada a lo que se pueda realizar en el territorio nacional, razón por la cual no tienen la virtualidad jurídica de considerarse vinculantes por tratarse de un concepto al que ninguna norma le ha otorgado el carácter de obligatorio.

III- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo solicita a esta Corporación que se profiera un fallo inhibitorio por las razones que se exponen a continuación.

Aclara en primer lugar que para entrar a analizar si procede el estudio de fondo, es necesario en primer término establecer si este acto es susceptible de control jurisdiccional o se trata de un concepto que no es demandable porque no tiene carácter vinculante.

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

A continuación, bajo las premisas jurisprudenciales, fijadas por la Corte Constitucional en sentencia C-542 de 2005, considera el Ministerio Público la respuesta dada por la Secretaria Técnica del CNSSS y el Director General de gestión de la demanda, no constituye un acto susceptible de control jurisdiccional, se trata de un mero punto de vista que no tiene efecto vinculante alguno. El escrito se limita a realizar algunas apreciaciones sobre el trasplante de células madre, sin que ello implique que se adopte como un procedimiento que debe incluirse en el POS, pues porque resulta obvio que el único ente en vigencia de la Ley 100 de 1993 para establecer los elementos que se incluyen en el POS es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Téngase en cuenta que quienes suscribieron la respuesta, insistieron en señalar que la misma se expediría respetando las competencias del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para una mejor comprensión del contexto en que se produjo el concepto demandado y de la naturaleza de la respuesta

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

que ella contiene se transcribirá el contenido de ambos documentos.

El texto de la consulta, dirigida por el representante legal de SALUD TOTAL S.A. al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, con fecha 30 de diciembre de 2003, radicado con el número 189351 es el siguiente:

En ejercicio del Derecho de Petición, consagrado en la Constitución Nacional, y considerando que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS es el máximo organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y dentro de sus funciones establecidas en la Ley 100 de 1993 se encuentra la de definir el Plan Obligatorio de Salud POS del Régimen Contributivo, nos permitimos solicitar sean absueltas las inquietudes que plantearemos a continuación, previas las siguientes consideraciones.

1) Nuestra entidad recibió solicitud para el suministro de dos unidades HLS 4/6 con 5.3x 10 a la 7 Células Mononucleares/KG de peso, para el procedimiento de Trasplante con Células de Cordón Umbilical, para el tratamiento de la patología denominada 'Aplasia pura de la serie roja congénita'.

Dichas unidades y el procedimiento consideramos no se encuentran incluidos dentro del Manual de Actividades Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud MAPIPOS (Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud), así como tampoco en el Manual de Terapéutica.

2) De acuerdo a lo anterior, y en virtud de las disposiciones legales existentes, no correspondería a SALUD TOTAL EPS, asumir el cargo económico de las unidades HLS 4/6 con 5.3x 10 a la 7 Células Mononucleares/KG de peso, así como del procedimiento de Trasplante con Células de Cordón Umbilical, pues

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

es claro que es al Estado mismo al que le corresponde la garantía del derecho a la seguridad social de cada habitante del territorio nacional en aquello que excede la obligación de las Entidades Promotoras de Salud, y debe proveer dicha protección a los ciudadanos, bien sea de manera directa mediante la financiación de los servicios o bien a través de una IPS estatal dada la imposibilidad de acceder a los servicios a través del régimen contributivo, según lo establecido en el artículo 28 del Decreto 806 de 1998.

En este orden de ideas, resulta claro, que no siendo obligación legal de la EPS, la de asumir coberturas de procedimientos o insumos, que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud y, por norma expresa pues corresponde al estado dicha atención.

3) La equivalencia de la relación contractual no puede ser alterada en el momento de la ejecución del contrato o convenio suscrito con el estado, y de allí nace el deber de la administración de colocar a las Entidades Promotoras de Salud EPS en condiciones de cumplir el servicio amenazado por hechos ajenos a su voluntad, constituyéndose así una equivalencia más que justa de las cargas. Se trata pues de una relación contractual, y la EPS sólo tiene obligación de lo especificado de manera puntual, y si se pide más allá de lo reglado, es justo que el insumo que se solicita sea sufragado de manera directa por el Estado.

Al no encontrarse incluidas las unidades HLS 4/6 con 5.3x 10 a la 7 Células Mononucleares/KG de peso, así como el procedimiento de Trasplante con Células de Cordón Umbilical, dentro del Manual de Actividades Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud MAPIPOS (Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud), así como tampoco en el Manual de Terapéutica, deben ser cubiertas por el Estado mismo, con el fin de que se pueda evitar un desequilibrio contractual, sin embargo aún ni siquiera el Estado colombiano, en nuestra opinión, debe proceder a costear y cubrir este insumo ni su procedimiento como pasaremos a ver:

4) Se trata de un insumo que se produce en los Estados Unidos, cuyo proceso de producción está determinado por una serie de complejidades inherentes a la tecnología de ingeniería genética, todo lo cual

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

hace que tanto los precios como su comercialización estén monopolizados de modo que no se puede conseguir a un menor precio o en condiciones más favorables para el Sistema de salud colombiano, llegando su costo a la suma de US\$80.000, es decir más de doscientos veinte millones de pesos (\$220'000.000).

Así mismo el procedimiento de Trasplante de células monoclonales sin contar el costo de la importación de las unidades, asciende a doscientos cincuenta millones de pesos (\$250'000.000).

NO ES PUES PROCEDENTE LA ATENCIÓN EN ENTIDADES DE SALUD O LA CONSECUCCIÓN DE INSUMOS EN EL EXTERIOR, CONSIDERANDO LA TERRITORIALIDAD DEL SISTEMA DE SALUD, QUE ESTABLECIÓ LA GARANTÍA DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN EL TERRITORIO NACIONAL Y EN LAS ENTIDADES DE SALUD DEL PAÍS.

Decreto 806 de 1998

Artículo 1°. Objeto y ámbito de aplicación: El presente decreto tiene por objeto reglamentar la Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional, tanto como servicio público esencial como servicio de interés público a cargo de particulares o del propio Estado, el tipo de participantes del Sistema, la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y los derechos de los afiliados.
(...)

Resolución 5261 de 1994

Complejidades (SIC) inherentes a la tecnología de ingeniería genética, todo lo cual hace que tanto los precios como su comercialización estén monopolizados de modo que no se puede conseguir a un menor precio o en condiciones más favorables para el Sistema de salud colombiano, llegando su precio a la suma de US\$80.000, es decir más de doscientos veinte millones de pesos.

Así mismo el procedimiento de Trasplante de células monoclonales sin contar el costo de la importación de las unidades, asciende a doscientos cincuenta millones de pesos.

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

Debe por tanto garantizarse el equilibrio de la ecuación contractual, ya que tanto la normatividad como la jurisprudencia han sido claras al especificar que los participantes del sistema de salud no pueden ser perjudicados por la alteración del equilibrio, debiéndose por tanto mantener, y evitar que se atente contra la viabilidad de entidades privadas.

4) (SIC) Adicional a lo anterior debe ser considerado que el procedimiento y tratamiento solicitado con el insumo tiene carácter experimental, considerando el número mínimo de procedimientos que han sido practicados en el mundo, cuyo número se encuentra alrededor de los 14, enmarcándose por tanto dentro de las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud (Artículo 18 Resolución 5261 de 1994).

Previas las anteriores consideraciones, solicitamos se sirva informar si el insumo de unidades HLS 4/6 con 5.3×10 a la 7 Células Mononucleares/KG de peso, así como el procedimiento de **Trasplante con Células de Cordón Umbilical**, para el tratamiento de la patología denominada Aplasia pura de la serie roja congénita, deben entenderse excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS, o lo que es lo mismo, debe entenderse que ese insumo no se encuentra cubierto dentro del costo de la Unidad de Pago por Capitación UPC definida por el Consejo Nacional de seguridad Social en salud CNSSS para el Régimen Contributivo.

Así mismo debe considerar ese ministerio si el costo para la práctica del procedimiento de **Trasplante con Células de Cordón Umbilical**, y las unidades HLS 4/6 con 5.3×10 a la 7 Células Mononucleares/KG de peso, deben ser cubiertas por los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, considerando el carácter experimental del mismo, la relación costo beneficio, y las altas probabilidades de ineficacia por el número de transfusiones sanguíneas que ha sufrido la afiliada. (Negrilla subrayas y repeticiones dentro del texto)

283

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

A su vez el texto del acto acusado, que da respuesta al anterior, firmado por la Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el Director General de Gestión de Demanda, radicado con el número 32084, es el siguiente:

REFERENCIA: Radicación Ministerio de Protección Social No. 189351

"Con relación a la consulta elevada al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, nos permitimos hacer las siguientes observaciones, teniendo en cuenta las competencias y responsabilidades del Consejo:

El procedimiento denominado: "Transplante con células de cordón umbilical", es - como lo señalan los expertos como por ejemplo la Clínica Marly de Bogotá¹ una modalidad del "Transplante de médula ósea", cubierto en el Plan obligatorio de Salud², toda vez que propiamente este tratamiento es la infusión de células madre o progenitoras en el paciente siendo la principal fuente de las mismas la médula ósea por lo cual se origina dicha denominación más comúnmente usada. Las otras fuentes de células madre son la sangre periférica, y desde finales de la década de los 80's la sangre de cordón umbilical sin que el origen de las células a transplantar varíe el procedimiento en el paciente o transplante propiamente dicho (Infusión intravenosa).

Por lo tanto, en principio, dicho procedimiento está en el Plan Obligatorio de Salud y debe ser cubierto por las EPS a sus afiliados toda vez que el país

¹ <http://www.saludhoy.com/htm/exam/marly/medmarly.html>

² Resolución 5261 de 1994, artículo 62 código 07800 y artículo 17.

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

existe más de una institución con capacidad y experiencia en el mismo.

Sin embargo, es verdad que la Ley 100 de 1993 (Artículos No. 153, 154, 162 y 178) señala que el ámbito de las responsabilidades de atención y/o financiación por parte de las entidades de aseguramiento, está circunscrito al territorio nacional y/o con instituciones prestadoras de servicios de salud existentes en el país. Por lo tanto, si para un caso dado en que se requiera un transplante de médula ósea en alguna de sus modalidades, se deben usar recursos o insumos no disponibles en el país, (como podría ser el uso de células progenitoras extraídas de sangre de cordón umbilical) la EPS en efecto no está obligada a cubrir dicho elemento o recurso y su responsabilidad estará limitada a lo que se pueda realizar en el territorio nacional.

Así mismo, si bien es cierto que por disposición expresa contenida en el Acuerdo 008 del CNSSS y en la Res. 5261 de 1994 en su artículo 18, en el Plan Obligatorio de salud están excluidos los tratamientos considerados experimentales, está por aclararse si en efecto la mencionada modalidad del transplante de médula tiene tal carácter, pues dicho tratamiento se está realizando en el mundo desde finales de la década de los 80's, e incluso en el país se han ejecutado cerca de 11 procedimientos específicamente de este tipo, según comunicación verbal de algunos expertos involucrados en el asunto.

En cuanto a las responsabilidades del Estado y sus instancias político - administrativas e institucionales y su concurrencia en la atención de los pacientes no cubiertos circunstancialmente o absolutamente por el SGSSS, no es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la entidad que deba aclarar las mismas toda vez que dichas competencias están dispuestas en las leyes vigentes, cuya reglamentación en todo caso, así como la interpretación de dichas disposiciones si es necesaria, corresponde en principio al Ministerio de la Protección Social para lo relacionado en los temas de Seguridad Social en Salud".

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

El Agente del Ministerio Público considera, que el acto cuestionado no se trata realmente de un acto administrativo sino de un mero concepto de un funcionario, provocado por una consulta, que no contiene ninguna decisión.

Corresponde pues a la Sala determinar en primer lugar si la demanda versa sobre un acto administrativo o no.

En cuanto a los actos administrativos, esta Corporación ha reiterado que ellos son manifestaciones de voluntad proferidos unilateralmente por la administración que tienen la virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de distinto orden, que en ocasiones pueden expresarse a través de oficios, memorandos, circulares, conceptos, etc.

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado también que cuando los oficios, memorandos, circulares o conceptos anotados, contienen una manifestación unilateral de voluntad de la administración con la aptitud de producir efectos jurídicos, se está en presencia de un acto administrativo pasible de control

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

jurisdiccional y que, en caso contrario, se debe reconocer que sobre la legalidad del escrito reprochado no puede emitirse pronunciamiento judicial alguno.

En el presente caso, el concepto demandado se emitió para dar respuesta a una consulta formulada por el Representante Legal de la EPS SALUD TOTAL S.A., en la cual éste después de exponer su criterio sobre las unidades *HLS 4/6 con 5.3×10 a la 7 Células Mononucleares/KG de peso*, así como el procedimiento de *Trasplante con Células de Cordón Umbilical* y el carácter experimental de los mismos, solicitó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que le informara si aquellos, deben entenderse excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS y quien debe cubrir sus costos.

En la respuesta a dicha consulta, contenida en el oficio radicado con el número 32084 de 4 de febrero de 2004, que ha sido demandado, la Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el Director General de Gestión de Demanda manifestaron lo siguiente:

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

"Con relación a la consulta elevada al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, nos permitimos hacer las siguientes observaciones, teniendo en cuenta las competencias y responsabilidades del Consejo"

De acuerdo con los artículos 23 constitucional y 5 y 9 del C. C. A., los titulares del derecho de petición son todas las personas, incluyendo por supuesto a los participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud como ocurre con SALUD TOTAL S.A., quien formuló la petición respondida mediante el concepto acusado.

El derecho de petición, en la modalidad de formulación de consultas, está regulado por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

"Artículo 25. Consultas. El derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales.

Estas consultas deberán tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días.

Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

La Corte Constitucional en sentencia C-542 de 2005 manifestó respecto del artículo transcrito que:

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

El derecho de petición de consultas está consagrado en los artículos 25 a 26 del Código Contencioso Administrativo y con fundamento en él es factible acudir ante la autoridad pública para que por medio de un concepto oriente a los administrados sobre algún asunto que pueda afectarlos. Los conceptos desempeñan una función orientadora y didáctica que debe realizar la autoridad pública bajo el cumplimiento de los supuestos exigidos por la Constitución y las leyes. El contenido mismo del concepto, sin embargo, no comprometerá la responsabilidad de las entidades que lo emiten ni será tampoco de obligatorio cumplimiento. Se entiende, más bien, como una manera de mantener fluida la comunicación entre el pueblo y los administración para absolver de manera eficiente y de acuerdo con los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, las dudas que puedan tener las ciudadanas y los ciudadanos y el pueblo en general sobre asuntos relacionados con la administración que puedan afectarlos. Tal como quedó plasmado en el Código Contencioso Administrativo, el derecho de petición de consulta tiene, entonces, una connotación de simple consejo, opinión o dictamen no formal de la administración cuyo propósito no es ser fuente de obligaciones ni resolver un punto objeto de litigio.

(...)

El acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales o bien orientadas a crear situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas o bien orientadas a crear situaciones concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados. Los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, esto es, no generan deberes u obligaciones ni otorgan derechos. En el evento que el concepto se emita a solicitud de un interesado, éste tiene la opción de acogerlo o no acogerlo.³

³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

Como resulta de los términos fijados por el artículo 25 del C.C.A. y de la jurisprudencia mencionada, el concepto emitido por la Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el Director General de Gestión de Demanda no es de obligatorio cumplimiento o ejecución y por ello no tiene aptitud para crear o modificar alguna situación jurídica.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el concepto atacado no es pasible de análisis en la jurisdicción contencioso administrativa, pues mediante el mismo no se establece ninguna disposición o regla que produzca efectos jurídicos, de manera que no es oponible ni vincula a los particulares como tampoco a autoridad alguna.

Como todo criterio no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión o apreciación que no es capaz de tener un efecto jurídico directo sobre el asunto de que trata, pues solo sirve para orientar a quien hace la consulta, en este caso, SALUD TOTAL S.A., sobre las inquietudes planteadas por ella.

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

De allí que las autoridades o los particulares a quienes corresponda atender un asunto como el consultado por SALUD TOTAL S.A., no están sometidas a lo que en el concepto cuestionado se expresa, de modo que se encuentran en libertad de acogerlo o no.

Adicionalmente, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, *"Si esa opinión, juicio o apreciación dada en un concepto jurídico, es o no acertada jurídicamente, no es algo que sea susceptible de examinar por esta Jurisdicción de manera separada y directa. Lo que esta Jurisdicción puede examinar y controlar en cuanto a su legalidad, son las decisiones o actos que definan situaciones jurídicas, generales o particulares, que se llegaren a dar tomando como fundamento un concepto jurídico de esa naturaleza, en tanto elemento o criterio de interpretación de las normas aplicadas al caso"*⁴.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010). Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00050-01. Actor: Jairo José Arenas Romero.

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

Si en el caso que ocupa la atención de la Sala, las decisiones de carácter general relativas a los insumos y procedimientos incluidos en el POS son competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, los conceptos la Secretaria Técnica de dicho Consejo y el Director General de Gestión de Demanda acerca de las unidades *HL3 4/6 con 5.3x 10 a la 7 Células Mononucleares/KG de peso*, así como el procedimiento de *Trasplante con Células de Cordón Umbilical*, constituyen meros juicios u opiniones que pueden ser acogidas o no por el peticionario que la haya provocado pero en ningún caso tienen contenido normativo.

La respuesta a la consulta que formulara el representante legal de SALUD TOTAL S.A., consignada en el oficio cuya declaratoria de nulidad se solicita, constituye un acto administrativo, pero carece de la naturaleza decisoria que les permita producir efectos jurídicos al crear, modificar o extinguir situaciones de derecho, caso en el cual sería susceptible de control jurisdiccional, cosa que no ocurre en el presente caso, en la medida en que dicho oficio se limita a plasmar un

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

concepto u opinión sobre los asuntos consultados por el actor.

En consecuencia, esta Corporación se inhibirá de conocer el fondo del asunto, por cuanto considera, en acuerdo con lo expresado por el representante del Ministerio Público, que la respuesta dada a la consulta del demandante es una simple opinión, un punto de vista que, como se deriva del primer párrafo de esa comunicación, deja a salvo las competencias y responsabilidades del Consejo, y que no tenía carácter obligatorio para su destinatario o para otras autoridades, por lo cual no era susceptible de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas ni pasible por ello de control jurisdiccional.

Consecuente con lo anterior, debe la Sala debe declararse inhibida, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de 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,

REF: Expediente No. 110010324000 2006 00120 00
Actor: SALUD TOTAL S.A.

F A L L A :

DECLARASE inhibida para pronunciarse sobre el mérito de la acción porque el acto administrativo demandado, contenido en el oficio identificado con el número de radicación 32084, calendado con 24 de febrero de 2004 que dio respuesta a la consulta del actor radicada con el número 189351, no es pasible de control jurisdiccional por las razones expuestas en esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta


MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO


MARCO ANTONIO VELILLA MORENO,