

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Distribución de competencias / CNSSS - atribuciones: definir el POS en regímenes contributivo y subsidiado; definir el monto de la cotización y el valor de la U. P.C. y ejercer las funciones del Consejo de Administración del FOSYGA / FOSYGA - Naturaleza; subcuentas que lo conforman / SUCUENTA DE COMPENSACION DEL FOSYGA - Finalidad; / RECOBRO DE MEDICAMENTOS - Nulidad de la resolución del Minprotección por falta de competencia al ser propia del CNSS

Asimismo, el artículo 155 creó el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), como uno de los «organismos de administración y financiación» del Sistema. El FOSYGA es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, administrada por el CNSS, quien «determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos».(art. 218). En el Capítulo IV se reparten las competencias entre los órganos de dirección del SGSSS. Según el art. 170, el Presidente de la República y el Ministro de la Protección Social ejercerán la «orientación y regulación» del SGSSS, que atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del Gobierno frente a la salud pública. Conforme al art. 172, el CNSSS (órgano colegiado integrado por los Ministros de la Protección social y de Hacienda y Crédito Público y otros miembros del Sistema) tiene, entre otras atribuciones, las de definir el POS según las reglas de los regímenes contributivo y subsidiado (numeral 1); definir el monto de la cotización (numeral 2) y el valor de la Unidad de Pago por Capitación (numeral 3), y ejercer las funciones del Consejo de Administración del FOSYGA (numeral 12). Las finalidades del FOSYGA como organismo o, más exactamente, cuentas de administración y financiación del SGSSS se revelan en las subcuentas que lo conforman, según el artículo 219: «LEY 100: ART. 219.- Estructura del Fondo. El Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes: a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud; d) Del seguro de riesgos catastróficas y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta Ley». 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. Esta regla significa, en primer lugar, que el Sistema 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. Para la Sala, el acto acusado introduce 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; y además, encierra una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSS. Se violaron, por tanto, los artículos 170, 172, 173 y 218 de la Ley 100.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-24-000-2003-00327-01

Actor: MAURICIO MARTÍNEZ

Demandado: MINISTERIO DE SALUD

Se decide en única instancia la acción de nulidad interpuesta por el ciudadano MAURICIO MARTÍNEZ contra apartes del artículo 3º de la Resolución 2312 de 1998 (12 de junio), expedida por el Ministerio de Salud ¹, *«por la cual se modifica el artículo 1º de la Resolución 5061 de 1997, y se reglamenta el recobro de medicamentos autorizados por los Comités Técnico-Científicos de las EPS, ARS y entidades adaptadas.»*

I. LA DEMANDA

1.1. EL ACTO ACUSADO

La demanda se dirige contra las partes subrayadas en la siguiente transcripción del artículo 3º de la Resolución, publicada en el Diario Oficial 43338 de 1998 (13 de julio):

¹ Hoy Ministerio de la Protección Social.

«RESOLUCIÓN NÚMERO 02312 DE 1998
(JUNIO 12)

«Por la cual se modifica el artículo 1° de la Resolución 5061 de 1997, y se reglamenta el recobro de medicamentos autorizados por los Comités Técnico-Científicos de las EPS, ARS y entidades adaptadas.

La Ministra de Salud, en ejercicio de las facultades legales, en especial las conferidas en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993,

RESUELVE:

[...]

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:

1. En la cuenta de recobro presentada ante la Dirección General de Seguridad Social se indicará el medicamento utilizado y no listado en el Acuerdo 83, su grupo terapéutico, su indicación en el caso particular de prescripción con el número de días/tratamiento, número de dosis/día, y el precio (dosis) de venta al público (P.M.P.) promedio del mercado para ese principio activo, vigente al momento de la dispensación del medicamento. El valor del medicamento utilizado y no listado en el acuerdo 83, se obtendrá de multiplicar del número de días/tratamiento por el número de dosis/día, por el precio (dosis) máximo de venta al público (P.M.P.) promedio del mercado para ese principio activo, vigente al momento de la dispensación del medicamento.
2. A este valor se debe descontar el valor del medicamento de grupo farmacológico de similar indicación terapéutica contenido en el manual, calculado por la multiplicación del números de días/tratamiento por el número de dosis/día, por el precio (dosis) máximo de venta al público (P.M.P.) promedio del mercado para ese principio activo, vigente al momento de dispensación del medicamento. La homologación de estos medicamentos la hará el Comité Técnico-Científico.
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 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 1º, 2º, o el valor resultante en el numeral 3º, será el monto total del recobro.
[...]».

1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El núcleo esencial de las acusaciones plantea violación de los artículos 48 y 121 de la Constitución Política, 156, 172, 204 y 218 de la Ley 100 de 1993 ².

El contenido normativo acusado desconoce los artículos 121 CP, 156, 182, 204 y 218 de la Ley 100 de 1993 porque el Ministerio incurrió en usurpación de funciones al disponer de recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, función asignada exclusivamente al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS.

La seguridad social es un derecho de carácter asistencial o prestacional que comporta para su realización tres (3) elementos fundamentales: (1) La expedición de la reglamentación por autoridad competente; (2) la existencia de los administradores y prestadores del servicio y (3) la financiación que implica el manejo de los recursos que garanticen la prestación de los servicios y sostenibilidad y el equilibrio financiero del sistema.

El legislador confirió al CNSSS y al Ministerio de Salud la función de intervenir para garantizar la óptima utilización de la infraestructura en salud y asegurar un flujo de recursos que hagan posible el funcionamiento de las empresas del sector y la eficaz prestación del servicio.

El contenido normativo demandado viola los principios de solidaridad,

² «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones». Diario Oficial No. 41.148, de 23 de diciembre de 1993.

universalidad y eficiencia que, según el artículo 48 CP orientan la seguridad social pues afecta el equilibrio financiero de las EPS, ARP y entidades adoptadas, al obligarlas a disponer de los recursos de las Unidades de Pago por Capitalización (UPC) que garantizan la calidad del servicio, para asumir costos de medicamentos que no se encuentran dentro del POS, en perjuicio de los demás afiliados.

Precisó que si bien el Estado cuenta con recursos escasos para satisfacer plenamente necesidades de la población y que ello obliga a prever una distribución eficiente y equitativa de los recursos existentes, ello no autoriza para que se traslade dichos costos a las entidades encargadas de administrar la prestación del servicio de salud pues redundaría en detrimento de los afiliados. En apoyo de tal afirmación cita la sentencia de 3 de noviembre de 1995, esta Sección en demanda de nulidad del artículo 23, parágrafo 4°, literal e), del Decreto 1938 de 1997 (5 de agosto).

II. CONTESTACIÓN

2.1. La apoderada del MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL puso de presente que según los artículos 48, 49, 334 y 365 CP compete al Estado la organización, dirección, control y vigilancia de la prestación de salud.

Advierte que el artículo 333 establece el derecho a la libertad económica tanto con relación a la libre iniciativa privada como en el ejercicio de actividades económicas lícitas y que el Estado puede limitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés general, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, lo cual es coherente con su función de director general de la economía y los principios de solidaridad, justicia, participación, igualdad material y de dignidad humana. En su apoyo cita la sentencia C-053 de 2001.

En el CNSSS, según el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, tienen representación entidades públicas y privadas, sus decisiones son obligatorias, pero susceptibles de ser revisadas por él mismo, y deberán ser adoptados por el Gobierno Nacional.

Conforme al artículo 172 *ídem* le compete definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan de Obligatorio de Salud – POS, por tal razón, periódicamente se reúne y plasma sus decisiones en Acuerdos, que son considerados con fuerza del Decreto.

Expone que tiene la facultad de reglamentar asuntos de su competencia como en el contenido normativo acusado en el que definió los criterios para calcular el monto de recobro de medicamentos no listados en el Acuerdo 83 de 1997 que carezca de un similar dentro del listado y su prescripción sea insustituible, pues ya ese Acuerdo había autorizado la formulación de medicamentos no POS y la forma en que debía ser cobrados por las EPS, ARS y adoptadas.

Precisó que en la actualidad existe libertad de precio por lo que las EPS, ARS y adoptadas compran el medicamento al laboratorio, al proveedor o distribuidor bajo en relación con el precio máximo al público y que la normativa acusada no afecta la economía del sistema, la calidad de los administradores ni aumenta el costo de salud a los afiliados pues cuando un paciente requiera de un medicamento excluido del POS el costo se descuenta del homólogo que sí está incluido con parte de la UPC.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado estima infundado

el cargo pues los artículos 8° de la Ley 10 de 1990, 170, 172, 173 y 218 de la Ley 100 de 1993 facultan al Ministerio de Salud para administrar, orientar, regular, supervisar, vigilar y controlar el Sistema de Seguridad Social en Salud y en virtud de ello, no requería que la CNSSS estableciera el porcentaje para calcular el recobro de medicamentos que no tengan similar dentro del listado y su descripción sea insustituible.

Además que el 8° de los Acuerdos 83 de 1997 (23 de diciembre), en que se funda el contenido normativo acusado, prevé que si el precio máximo al público de los medicamentos no incluidos en el POS excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del FOSYGA. Disposición que se reitera en los Acuerdos 106 86 de agosto) y 110 (28 de octubre) de 1998 ³ y 228 de 2002 ⁴.

La pretensión del acto acusado al fijar el porcentaje que reconoce a las promotoras y administradoras por los medicamentos no POS es mantener el equilibrio económico y financiero sin desatender los requerimientos de los usuarios para garantizar la vida y la salud de las personas con criterio de eficiencia y eficacia, propios de los derechos asistenciales. No así, trasladarle una carga a las EPS, ARS y adoptadas obligándolas a asumir costos que no les compete ni en detrimento de los usuarios pues busca garantizar los principios de eficacia, solidaridad y universalidad del Sistema.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1 EI MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL reiteró los argumentos expuesto en la contestación.

³ «Por el cual se modifica el Acuerdo 083 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud»

⁴ «Por medio del cual se actualiza el manual de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones».

5.2 El actor reiteró los argumentos de la demanda.

V. CONSIDERACIONES

El artículo 48 de la Constitución Política define **la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio** que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia. **Esta norma dispone que la Seguridad Social es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes. Por esta razón, el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. Finalmente preceptúa que la Seguridad Social puede ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.**

- **El cargo por falta de competencia del Ministerio de Salud para fijar las bases para calcular el monto del recobro por concepto de suministro de medicamentos no listados en el Acuerdo 83 de 1997 que no tengan similar dentro del listado y cuya prescripción sea insustituible.**

La Ley 100, en su Libro II, estableció el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), encargado de lograr el cometido constitucional de garantizar el derecho a la salud de todos los habitantes. El artículo 155 instituyó los siguientes órganos de dirección, vigilancia y control: a) Los Ministerios de Salud y Trabajo; b) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y c) La Superintendencia Nacional de Salud.

Asimismo, el artículo 155 creó el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), como uno de los «*organismos de administración y financiación*» del Sistema. El FOSYGA es una *cuenta* adscrita al Ministerio de la Protección Social, administrada por el CNSS, quien «*determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos*». (art. 218)

En el Capítulo IV se reparten las competencias entre los órganos de dirección del SGSSS. Según el art. 170, el Presidente de la República y el Ministro de la Protección Social ejercerán la «*orientación y regulación*» del SGSSS, que atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del Gobierno frente a la salud pública. Conforme al art. 172, el CNSSS (órgano colegiado integrado por los Ministros de la Protección social y de Hacienda y Crédito Público y otros miembros del Sistema) tiene, entre otras atribuciones, las de definir el POS según las reglas de los regímenes contributivo y subsidiado (numeral 1); definir el monto de la cotización (numeral 2) y el valor de la Unidad de Pago por Capitación (numeral 3), y ejercer las funciones del Consejo de Administración del FOSYGA (numeral 12).

Las finalidades del FOSYGA como organismo o, más exactamente, cuentas de administración y financiación del SGSSS se revelan en las subcuentas que lo conforman, según el artículo 219:

«LEY 100

ARTÍCULO 219.- **Estructura del Fondo.** El Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes:

- a) De compensación interna del régimen contributivo;
- b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud;
- c) De promoción de la salud;
- d) Del seguro de riesgos catastróficas y accidentes de tránsito, según el artículo **167** de esta Ley»

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.

Esta regla significa, en primer lugar, que el Sistema 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.

Para la Sala, el acto acusado introduce un desequilibrio en el Sistema, trátase de EPS o de ARS en cuanto consiente la compensación apenas parcial del precio de un medicamento no incluido en el POS; y además, encierra una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSS.

Se violaron, por tanto, los artículos 170, 172, 173 y 218 de la Ley 100.

F A L L A :

DECLÁRANSE NULAS las siguientes expresiones del Artículo 3° de la Resolución 02312 de 1998, del Ministerio de Salud:

- a) 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.
- b) o el valor resultante en el numeral 3°.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 4 de septiembre de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN