

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio del dos mil nueve (2009).

Consejera Ponente: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

REF: Expediente núm. 110010324000200400410 01
Acción: Nulidad.
Actora: DIANORA RUGELES SIERRA

Decide la Sala, en única instancia, la demanda incoada por DIANORA RUGELES SIERRA en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el artículo 1º, literal f) (documentos de soporte) y literal a) (soportes generales) de la Resolución 2949 del 3 de octubre del 2003 *“por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fosyga por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se deben anexar como soporte a las solicitudes de pago”*, expedida por el Ministerio de la Protección Social.

I. ANTECEDENTES

a. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.

La parte actora considera que las normas acusadas violan los artículos 4º, 83, 84 y 86 de la Constitución Política; 1º, 13 y 16 del Decreto Ley 2150 de 1995; 2º y 3º del C.C.A.; y 25-15 y 27 de la Ley 80 de 1993, por las razones que bajo la forma de cargos, en síntesis, se expresan a continuación:

Primer cargo.- Considera que la exigencia del literal f) del artículo 1º de la Resolución 2949 del 3 de octubre del 2003 viola el imperativo de la presunción de buena fe en las actuaciones de los ciudadanos frente a las autoridades públicas, pues al establecer requisitos como *“la primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria”* se hace necesaria la remisión a lo dispuesto en los artículos 115-2 y 116 del Código de Procedimiento Civil, para mostrar como este estatuto contiene esta misma exigencia de la *“primera copia”* sólo para efectos del mérito ejecutivo que preste la providencia de la cual se pide copia, es decir, que el requisito procesal de la primera copia con constancia de ejecutoria solo persigue fines judiciales, cual es el proceso ejecutivo y nunca la actuación o trámite administrativo, como lo es la materia de recobros ante el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA por acciones de tutela.

Agrega que el acto acusado se refiere expresamente al procedimiento y término para el reconocimiento por vía administrativa de cobros o reclamaciones con cargo a recursos del FOSYGA de que trata el artículo

13 del Decreto 1281 del 2002 y no para efectos de reconocimiento judicial.

Sostiene que es característica esencial de la acción de tutela su informalidad, luego no resultan coherentes con el artículo 86 de la Constitución Política las exigencias de la norma acusada en cuanto al rigorismo del “*original de la primera copia con constancia de ejecutoria*”, cuando este es un requisito establecido para otros efectos judiciales.

Menciona que el procedimiento y documentos necesarios para la presentación del recobro de que trata el artículo 1º de la resolución acusada se refieren a los requisitos para el reconocimiento y pago por vía administrativa de lo que se puede repetir, cobrar o recobrar al FOSYGA por orden del juez de tutela, de tal suerte que en caso de ser necesario acudir a la vía judicial y solo para efectos de ejecución se requerirá de esa primera copia de la providencia judicial, ahí sí, con constancia de ejecutoria (artículo 115-2 del C. de P.C), de manera tal que en virtud del imperativo de la buena fe bastará para efectuar el recobro al FOSYGA la copia simple del fallo de tutela que contenga la orden de prestar servicios de salud no incluidos en el plan de beneficios que se deben prestar a los afiliados o que estando incluidos están sujetos a períodos mínimos de cotización y pago compartidos que estos no pueden asumir.

Dice que la resolución cuyos apartes acusa tiene por fin regular un procedimiento administrativo específico, sin que la Administración pueda penetrar la órbita de los requerimientos procesales propios de la administración de justicia y exigir los mismos requisitos del mérito ejecutivo de las providencias para fines judiciales de ejecución forzada de las obligaciones.

Segundo cargo.- Se refiere a que el artículo 1º que se acusa viola varias disposiciones del Decreto Ley 2150 de 1995, por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración pública, ya que el literal f) exige como soporte a la solicitud de recobro un documento original reconocido judicialmente, pues tanto el concepto de primera copia como la constancia de ejecutoria suponen un acto judicial (artículos 115 y 116 del C. de P.C.), de manera que esta exigencia está en franca contradicción con el artículo 1º del Decreto Ley 2150 de 1995; a que el literal a) de los soportes generales hace relación al certificado de existencia y representación del solicitante, el cual se trata precisamente de un documento que el Ministerio de la Protección Social tiene en su poder, además de que si por alguna razón desea comprobar la existencia y representación legal deberá solicitarlo oficiosamente, de acuerdo con la prohibición del artículo 13 del Decreto Ley 2150 de 1995 y la exigencia del artículo 16, ibídem; y a que si el Ministerio de la Protección Social requiere comprobar la ejecutoria del

fallo de tutela, debe solicitar oficiosamente al juez de tutela el envío de dicha información, de acuerdo con el artículo 16 ya citado.

Señala que en la Constitución de 1991 el postulado de la buena fe pasó a ser una verdadera garantía para los particulares, que si bien admite prueba en contrario, lo cierto es que los ciudadanos no están obligados a probar que obran de buena fe cada vez que forzada o voluntariamente acuden ante una dependencia estatal a adelantar un trámite cualquiera. De antemano, se parte de la base de que lo que dicen se ajusta a la verdad y que son ciertos los documentos que presentan. En estos términos, huelga afirmar que el rango constitucional de la acción de tutela, fundada principalmente en la informalidad que le es propia, aunada a la garantía también constitucional de la buena fe, no puede contaminarse de formalismos y requisitos innecesarios que le son ajenos.

Tercer cargo.- Sostiene que el campo de aplicación del artículo 84 de la Constitución Política abarca de manera particular la potestad reglamentaria de la Administración y en general la función administrativa; que el supuesto de hecho de la norma reduce drásticamente su aplicación a los eventos de derecho y actividades que hayan sido reglamentados de manera general, bien por una ley o por una disposición de carácter reglamentario, tal y como acontece en los eventos de recobro de fallos de tutela, para los cuales de antemano y de manera general los requisitos están establecidos en el artículo 13 del Decreto

1281 del 2002, razón por la cual este procedimiento especial es el que debe aplicarse y no así el contenido en el C.C.A., el cual solo se aplicará para llenar los vacíos del especial.

Cuarto cargo.- A su juicio, la norma acusada viola el artículo 2° del C.C.A., porque se aparta del objeto de las actuaciones administrativas, cual es el cumplimiento de los objetivos estatales. La adecuada prestación del servicio de salud se ve amenazada porque los recursos de la seguridad social están represados en una cuenta del FOSYGA y no llegan a las empresas prestadoras de salud ni a las administradoras del régimen subsidiado para que cumplan su cometido dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud; en consecuencia, los usuarios se mantienen a la espera de esos recursos para que se les aprueben los procedimientos médicos que requieren para el mejoramiento de su salud.

Anota que el principio de la economía, en virtud del cual las normas de procedimiento se establecen para agilizar las decisiones y para que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo posible, con la menor cantidad de gastos y con la sola exigencia de los documentos estrictamente necesarios, sin autenticaciones ni notas de presentación personal, es violado en todo su contenido con las exigencias innecesarias que se demandan, prueba de lo cual es que en los más de 10 años de vigencia de la Ley 100 de 1993 el reconocimiento y pago de los recobros de tutelas se hizo sin ninguno de tales requisitos.

Agrega que en el mismo sentido, los principios de celeridad y eficacia suponen el impulso oficioso y eliminación de trámites innecesarios, así como la remoción de obstáculos puramente formales para la consecución de los fines del Estado, razón por la cual aquellos también resultan violados.

Quinto cargo.- Sostiene que en virtud del principio de economía de la contratación estatal a que se refiere el artículo 25-15 de la Ley 80 de 1993, las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas ni otra clase de formalidades o exigencias, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan las leyes especiales. Así pues, en ausencia de una ley especial que contenga las exigencias a que se refiere la norma acusada, mal puede la Administración crear requisitos por su propia voluntad inconsulta de la ley.

Sexto cargo.- Considera que las disposiciones acusadas violan el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, ya que las demoras y retardos en los pagos que corresponde recobrar a las empresas promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado ante el FOSYGA se traduce en el rompimiento de las condiciones de equilibrio para la prestación de los servicios a que están obligadas como delegatarias del servicio público de salud.

b. Las razones de la defensa

La NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL señala que la prestación del servicio público de salud es una actividad reglada o regulada por el Estado en aras de garantizar su prestación efectiva a toda la población colombiana; y que la naturaleza del servicio de salud, como servicio público, obliga al Estado a ejercer sobre estos servicios la vigilancia y el control adecuados buscando siempre el beneficio de la comunidad, para lo cual está revestido de las potestades exorbitantes que le permiten afectar seriamente la libertad de los individuos; y que el Ministerio de la Protección Social con la expedición de la Resolución 2949 del 2003 no hizo cosa distinta que expedir la normativa que garantice la prestación de los servicios de salud a la población.

Expresa que el fundamento del requisito de la primera copia del fallo de tutela con la constancia de ejecutoria para el caso de pagos originados en fallos de tutela en los cuales los jueces dan a las empresas promotoras de salud la facultad de recobrar al FOSYGA se encuentra en los artículos 176, 177 y 179 del C.C.A., en cuanto no hay norma especial que los regule.

Respecto del rompimiento de las condiciones de equilibrio para la prestación de los servicios, menciona que tal afirmación no es cierta, por cuanto no se niega la existencia de la obligación generada en un fallo de

tutela, sino que se exige el cumplimiento de unos requisitos para que proceda el correspondiente reconocimiento y pago.

Agrega que mal puede invocarse el rompimiento del equilibrio financiero, cuando son las mismas empresas promotoras de salud las que deciden autónomamente no someter a consideración del Comité Técnico Científico la autorización de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228.

Además, precisa que la decisión acusada está orientada a obtener una mejor utilización de los recursos disponibles para que el servicio de salud sea prestado en forma adecuada, oportuna y suficiente y en el marco de la solidaridad, entendida como la ayuda mutua entre sectores y personas que se materializa, en este caso, con la ayuda del Estado, de las entidades y de los afiliados y beneficiarios, quienes contribuyen con los pagos moderadores tanto para racionalizar el uso de los servicios como para complementar la financiación del plan obligatorio de salud.

A su juicio, carece de fundamento la violación del principio de la buena fe, ya que existe un procedimiento reglado y dado que se trata de recursos públicos de destinación especial la demandada actuó de conformidad con lo establecido en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, el cual le asignó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la función de

determinar los criterios de utilización y distribución de los recursos del FOSYGA.

Pone de presente que pese a ser el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud el administrador del FOSYGA y a quien corresponde determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos, en todo caso es el Ministerio de la Protección Social, a quien se encuentra adscrito dicho Fondo, el que ejerce su dirección y control integral y que, por tanto, resulta equivocado afirmar que el demandado se atribuyó una competencia que no le corresponde, pues al expedir la Resolución 2949 del 2003 hizo uso de la competencia de expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las empresas promotoras de salud y demás entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por último, sostiene que la norma demandada sólo estuvo vigente del 21 de octubre del 2003 hasta el 11 de noviembre del 2004, fecha última en que fue derogada por la Resolución 3797.

Coadyuvantes

El ciudadano ANDRÉS DEWDNEY MONTERO solicita que no obstante haber sido derogada la Resolución 2949 del 2003 por la Resolución 3797 del 2004 se haga un pronunciamiento de fondo sobre su

legalidad, dadas las situaciones jurídicas que aún no se han consolidado (recobros aún no procesados y/o pagados bajo el procedimiento que se demanda).

Por su parte, la ciudadana CAROLINA CARRILLO aduce que no es posible exigir la constancia de ejecutoria del fallo de tutela para el reembolso a las empresas promotoras de salud de los servicios y materiales no pertenecientes al plan obligatorio de salud otorgados mediante fallo de tutela, por cuanto el artículo 35 del Decreto Ley 2591 de 1991 expresamente establece que la revisión de los fallos de tutela por parte de la Corte Constitucional se surte en el efecto devolutivo, lo que significa que aunque el fallo se revoque hay que cumplirlo mientras es devuelto a la primera instancia, razón por la cual no es aplicable el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, porque en los casos de tutela, así el fallo no esté ejecutoriado, las entidades promotoras de salud deben cumplir con lo ordenado por el juez, aún en el entendido de que la Corte Constitucional revoque el fallo, pues el FOSYGA de todas maneras tiene que reconocerle a las empresas promotoras de salud el costo de los servicios prestados en virtud del fallo.

La ciudadana KAREN XIMENA PULIDO REYES sostiene que el Ministerio de la Protección Social no puede esgrimir como fundamento de la exigencia de la constancia de ejecutoria de los fallos de tutela el hecho de que se trata del cobro de una sentencia contra la Nación, por

cuanto lo que en realidad otorga el fallo de tutela es un derecho a las entidades promotoras de salud de recobrar al FOSYGA el valor de la prestación de los servicios y materiales no incluidos dentro del plan obligatorio de salud.

Anota que en este caso no se está frente al cobro de sentencias, sino frente al cobro de facturas cuya responsable está determinada en la sentencia, facturas que sí cumplen en ese caso con los requisitos del título ejecutivo complejo, al traer consigo una obligación clara, expresa y exigible, cuya obligada principal es la entidad promotora de salud.

A su turno, el ciudadano MAURICIO RODRÍGUEZ ECHEVERRY dice que hace suyas las consideraciones del Ministerio Público que obran en el expediente AP 2005-355, según las cuales el Ministerio de la Protección Social violó el derecho colectivo a la moralidad administrativa, al establecer procedimientos de recobro de medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud que exceden las exigencias legales, con desconocimiento del principio de eficiencia que rige el Sistema de Seguridad Social Integral; que así mismo puso en peligro la sostenibilidad y viabilidad del Sistema y, por consiguiente, el derecho colectivo al acceso a la infraestructura de los servicios públicos que garantice la salubridad pública y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

El ciudadano JAIRO ANTONIO MORENO MONSALVE en su escrito de coadyuvancia reitera los argumentos de la demandante.

c.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del 1° de diciembre del 2004 se admitió la demanda, se negó la medida de suspensión provisional de los efectos de la norma demandada y se ordenó darle el trámite correspondiente.

Dentro del término para alegar de conclusión hicieron uso de tal derecho la actora, el apoderado del Ministerio de la Protección Social, los coadyuvantes ANDRÉS EDUARDO DEWDNEY, MAURICIO RODRÍGUEZ y JAIRO ANTONIO MORENO MONSALVE y el representante del Ministerio Público.

II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado considera que es procedente la exigencia de la primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria para el recobro, por cuanto si la obligación que surge de la acción de tutela se

encuentra consignada en el fallo se establece que el título ejecutivo idóneo para hacer efectiva esa obligación es ese fallo debidamente ejecutoriado.

Le resulta lógico que dentro de los requisitos que deben presentarse se exija la copia en cuestión ejecutoriada, ya que es el documento idóneo que permite demostrar que la obligación efectivamente se constituyó y, por tanto, que la solicitud por parte de la entidad tiene fundamento, más aún cuando en el mismo fallo de tutela el juez expresamente reconoce el derecho que tienen las entidades promotoras de salud y demás actores del Sistema para hacer efectivo ante el FOSYGA el recobro de la obligación que tuvieron que asumir, razón por la cual resultan aplicables las mismas exigencias consagradas en los artículos 1° y 3° del Decreto 768 de 1993, reglamentario del artículo 2°, literal f) del Decreto 2112 de 1992 y de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Recuerda que los recursos manejados por el FOSYGA son de destinación especial y que, en consecuencia, su manejo y distribución deben obedecer a criterios de responsabilidad, con el fin de garantizar que su utilización sea transparente, además de que es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud quien determina los criterios de utilización y distribución de los mismos, de acuerdo con el artículo 228 de la Ley 100 de 1993.

Anota que el artículo 13 del Decreto 1281 del 2002 estableció el plazo dentro del cual se pueden hacer efectivos los cobros o reclamaciones con cargo a recursos del FOSYGA, pero no señaló los requisitos que deben atenderse para realizar la mencionada solicitud.

A su juicio, para que resulte aplicable la garantía constitucional del artículo 84 es necesario que el derecho o la actividad haya sido reglamentado de manera general; que asimismo, esa reglamentación haya incluido los requisitos, permisos o licencias que se consideren necesarios para ejercer el derecho o realizar la actividad, lo que no sucedió con el Decreto 1281 del 2002, razón por la cual no puede decirse que la norma acusada establezca requisitos adicionales para el procedimiento de recobro ante el FOSYGA, pues simplemente estableció un trámite para efectuar el pago correspondiente.

No encuentra probada la violación del principio de economía de las actuaciones administrativas, así como tampoco del Decreto Ley 2150 de 1995, ya que los documentos exigidos prueban la existencia y legitimación de la entidad que solicita el pago, que la obligación efectivamente se constituyó y que, en consecuencia, el Estado debe asumirla.

Concluye que no se desvirtuó la legalidad de las disposiciones demandadas y, por tanto, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero precisar que pese a que la Resolución 2949 del 3 de octubre del 2003, contentiva de las normas que se demandan, fue derogada mediante la Resolución 3797 del 2004 la Sala hará un pronunciamiento de fondo, en cuanto mientras estuvo vigente produjo o pudo producir efectos jurídicos.

Las disposiciones demandadas del artículo 1º de la Resolución 2949 del 3 de octubre del 2003 *“por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fosyga por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se deben anexar como soporte a las solicitudes de pago”*, expedida por el Ministerio de la Protección Social, son las que se resaltan a continuación:

“Artículo 1º.- Procedimiento y documentos para la presentación del recobro. Toda solicitud de recobro que deba ser reconocida y pagada por el Fosyga, por concepto de fallos de tutela debe ingresar a través de la dependencia de correo y radicación del Ministerio de la Protección Social o de la entidad que se defina para tal efecto.

“Cada solicitud de recobro deberá acompañarse de los siguientes documentos de soporte, los cuales deberán ser debidamente legajados y foliados con sujeción estricta al siguiente orden:

“a) ...

“f) Primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria. Para cuentas consecutivas originadas en el mismo evento, se anexará copia simple del fallo de tutela, aclarando que el original se presentó con la primera cuenta presentada.

“Como soportes generales de las cuentas de cobro o facturas de cobro se deberán anexar legajados y foliados con sujeción estricta del siguiente orden:

“a) Certificado de existencia y representación legal de la EPS del Régimen Contributivo y Subsidiado, Entidad Obligada a Compensar, EOC, con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días a la fecha de radicación de la solicitud de recobro”.

En el primer cargo se aduce que la exigencia de la primera copia del fallo de tutela con la constancia de ejecutoria para efectos del recobro que efectúan las Empresas Promotoras de Salud-EPS y las entidades Obligadas a Compensar-EOC ante el FOSYGA viola el principio de la presunción de buena fe de las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas (artículo 83 de la Constitución Política) pues, a su juicio, tal requisito sólo puede exigirse para el cobro por vía judicial y no así por vía administrativa, último de los cuales es regulado por la Resolución 2949 del 2003.

Sobre el particular, la Sala considera que no le asiste razón al demandante, ya que la exigencia del requisito en cuestión propende por la protección de

los recursos del FOSYGA, que tienen carácter público, la que podría verse afectada de aceptar como documento para el pago del recobro la simple copia del fallo de tutela, sin la constancia de ejecutoria, en cuanto podría darse el evento de que en primera instancia el fallo de tutela ordene, por ejemplo, el suministro de un medicamento por el resto de la vida del paciente y apelada la sentencia por la empresa promotora de salud el superior la revoque, razón por la cual esta última entidad sólo tendría derecho a recobrar el valor del medicamento que suministró durante el lapso que duró el trámite de la tutela, tiempo que sólo podría verificar el FOSYGA con la constancia de ejecutoria del fallo de primera instancia.

En el segundo cargo se aduce la violación de los artículos 1º, 13 y 16 del Decreto Ley 2190 de 1995, los cuales preceptúan:

“Artículo 1º.- Supresión de Autenticaciones y Reconocimientos. A las entidades que integran la Administración Pública les está prohibido exigir documentos originales autenticados o reconocidos notarial o judicialmente”.

“Artículo 13.- Prohibición de exigir copias o fotocopias de documentos que se poseen. En todas las actuaciones públicas, queda prohibida la exigencia de copias o fotocopias de documentos que la entidad tenga en su poder, o a los que la entidad pública tenga facultad legal de acceder”.

“Artículo 16.- Solicitud oficiosa por parte de las entidades públicas. Cuando las entidades de la Administración Pública requieran comprobar la existencia de alguna circunstancia necesaria para la solución de un procedimiento o petición ciudadana, que obre en otra

entidad pública, procederán a solicitar oficialmente a la entidad el envío de dicha información”.

*“**Parágrafo.** Las entidades de la Administración Pública a las que se les solicite información darán prioridad a la atención de dichas peticiones, las resolverán en un término no mayor a 10 días y deberán establecer sistemas telemáticos compatibles que permitan integrar y compartir la información”.*

Frente al primer precepto transcrito la Sala observa que lo que exige la norma acusada no es el **original** del fallo de tutela autenticado, sino la primera **copia** con la respectiva constancia de ejecutoria, a la cual no se le puede otorgar el carácter de reconocimiento judicial, sino simplemente el del efecto que persigue, esto es, el de poder hacerlo efectivo, para el caso ante el FOSYGA. En consecuencia, no prospera el cargo de violación del artículo 1° del Decreto Ley 2150 de 1995.

Respecto del artículo 13 del Decreto Ley 2150 de 1995, el demandante considera que se violó al exigir la Resolución parcialmente acusada el certificado de existencia y representación legal para que pueda hacerse el recobro ante el FOSYGA, pues dice que tal documento está en poder del Ministerio de la Protección Social.

Para despachar desfavorablemente el cargo, la Sala pone de presente que si bien es cierto que el certificado de existencia y representación legal de la entidad que efectúa el recobro (EPS o EOC) lo tiene el Ministerio de la Protección Social, también lo es que no necesariamente lo tiene que tener

actualizado, pues la respectiva entidad pudo tener algún cambio, por ejemplo, haber entrado en disolución y liquidación o haber cambiado el representante legal y, de ahí, que se exija que dicho certificado tenga una vigencia no superior a treinta (30) días a la de la fecha de radicación de la solicitud de recobro, lo cual tiene también su razón de ser en la protección de los recursos públicos que maneja el FOSYGA.

En cuanto a la violación del artículo 16 del Decreto Ley 2150 de 1995, esta Corporación destaca que el mismo se refiere a que cuando una entidad de la Administración Pública quiera comprobar la existencia de alguna circunstancia necesaria para la solución de una petición ciudadana que obre en otra entidad de la Administración pública deberá solicitarla oficialmente a esta última, disposición que la Sala considera no es aplicable en este caso, dado que la primera copia del fallo de tutela con la constancia de ejecutoria no puede ser entregado sino a la empresa promotora de salud o a la entidad obligada a compensar y constituye, precisamente, el documento que el FOSYGA requiere para poder efectuar el respectivo recobro y el cual debe permanecer en su poder para el caso de la prestación de servicios continuados, es decir, que no se agoten con una sola ejecución y, de ahí, que la norma acusada permita en este último evento que para cuentas consecutivas originadas en el mismo evento se anexe copia simple del fallo de tutela, con la aclaración de que el original se presentó con la primera cuenta presentada.

En el tercer cargo se citan como violados los artículos 84 de la Constitución Política y 13 del Decreto 1281 del 2002, en cuanto considera el demandante que este último contiene los requisitos necesarios para efectuar el recobro ante el FOSYGA y el primero prohíbe exigir requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho o actividad reglamentados de manera general.

Examinado el contenido del artículo 13 del Decreto 1281 del 2002, la Sala encuentra que se refiere simplemente a que cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA deberá tramitarse dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento y a que no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad a dicho término.

Surge de lo anterior que no es cierto que el procedimiento de recobro ante el FOSYGA estuviera contemplado en el precepto antes citado, razón por la cual bien podía el Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 173, numeral 3 de la Ley 100 de 1993, según el cual le corresponde “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*”, exigir la

documentación a la que se contraen las normas acusadas, sin que pueda hablarse, por tanto, de la violación del artículo 84 de la Constitución Política.

En el cuarto cargo se consideran violados los artículos 2° y 3° del C.C.A. que, en su orden, consagran que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los objetivos estatales y que está regida, entre otros, por los principios de economía, celeridad y eficacia.

A juicio de la Sala, los anteriores preceptos antes que ser desconocidos fueron respetados por las disposiciones acusadas, por cuanto si bien es cierto que el FOSYGA no reembolsará a la empresa prestadora de salud o a la empresa obligada a compensar el valor de lo que haya pagado a un usuario por concepto de servicios de salud no incluidos en el plan de beneficios hasta tanto no aporte la primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria y el certificado de existencia y representación legal con una vigencia no superior a 30 días contados a partir de la respectiva solicitud, también lo es, como ya se dijo, que tales exigencias no hacen cosa distinta que garantizar que el recobro se apoya en una decisión judicial y que quien lo solicita es efectivamente su titular, lo que se encuentra acorde con los principios antes mencionados y propende por la adecuada prestación del servicio público de salud.

Además, el hecho de que durante más de 10 años se haya reconocido y pagado el recobro de los pagos ordenados en fallos de tutela sin los requisitos que ahora se exigen no demuestra que fueran innecesarios, como lo sostiene la demandante y, por el contrario, es indicativo de que se hizo necesario regular el procedimiento en cuestión, en procura de imprimirle transparencia al manejo de los recursos públicos destinados a atender el servicio de salud.

De otra parte, esgrime la violación de los principios de economía a que se refieren los artículos 25-15 y 27 de la Ley 80 de 1993 (Ley de contratación pública) que, en su orden, señalan que las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquiera otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales y que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, normas que no son aplicables para efectos del recobro por parte de las empresas prestadoras de salud y de las entidades obligadas a compensar ante el FOSYGA, pues la fuente de obligación del recobro no se encuentra en contrato alguno sino en la ley (artículos 218 a 221 de la Ley 100 de 1993).

La Sala resalta que si bien es cierto que al fallo de tutela de primera instancia que ordene determinada prestación del servicio a un usuario por

fuera del plan de beneficios se le debe dar cumplimiento dentro de las 48 horas siguientes y que tal fallo al ser apelado puede ser revocado, también lo es que tal circunstancia no implica que el FOSYGA deje de reintegrar a la empresa promotora de salud o a la entidad obligada a compensar el valor de lo pagado, como ya se dijo, sólo que deberá hacerlo una vez se presente el fallo de segunda instancia con la constancia de ejecutoria.

Esta Corporación destaca que el FOSYGA deberá efectuar el recobro no obstante que el fallo de tutela se encuentre para su eventual revisión en la Corte Constitucional, dado que lo que exige la norma es la primera copia con la constancia de ejecutoria, circunstancia que se da cuando el fallo de primera instancia no es objeto de recurso o cuando éste se decide si fue interpuesto.

Por último, es de anotar, además, que la revisión eventual que corresponde a la Corte Constitucional no tiene incidencia en la ejecutoria de la tutela. Por lo mismo, no es de recibo que el juez de tutela se abstenga de expedir la constancia de ejecutoria hasta tanto la Corte Constitucional expida la constancia de que no se revisó o la falle en revisión.

Concluye esta Corporación que tanto la primera copia del fallo de tutela con la constancia de ejecutoria como el certificado de existencia y representación legal con una vigencia no superior a 30 días de la fecha de

solicitud del recobro no vulneran las disposiciones citadas por la actora, pues su razón de ser no es otra que otorgar convencimiento al FOSYGA de que los pagos que va a efectuar por concepto de recobro están respaldados por una decisión judicial en firme y que quien solicita el recobro es el titular del derecho, lo que garantiza que los recursos públicos que están a su cargo no sean malversados y sean destinados a la finalidad para la cual fueron dispuestos.

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,

F A L L A

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO