

ACTO DEROGADO - Susceptible de control judicial por los efectos durante su vigencia / SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia

Antes de abordar el estudio de los cargos planteados en la demanda, resulta oportuno señalar, en primer término, que el hecho de que en este proceso se esté demandando la nulidad de la Resolución 2933 de 2006, expedida por el Ministerio de la Protección Social y junto con ella, la de las demás resoluciones que constituyen sus antecedentes normativos (las Resoluciones 3615 de 2005, 2366 de 2005, 3797 de 2004, 2949 de 2004, 2848 de 2004, 3212 de 1998 y 5061 de 1997), dicha circunstancia no enerva la posibilidad de que la Sala entre a pronunciarse de fondo sobre su conformidad con el ordenamiento jurídico superior, pues así hayan sido subrogadas o derogadas de manera expresa por actos posteriores, es claro que durante su vigencia produjeron efectos jurídicos y por tal razón no es dable invocar la sustracción de materia.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

INTERVENCION DE TERCEROS - Límites de actuación del coadyuvante / DERECHO DE DEFENSA - Se garantiza al no permitir al coadyuvante formular nuevos cargos y pretensiones / PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA - Impone a los jueces el deber de decidir la controversia de la demanda

Se impone además hacer las siguientes precisiones previas con respecto a la presunta violación de las leyes 1122 de 2007 y 962 de 2005, a las cuales hicieron referencia la Asociación coadyuvante en su intervención y el actor en su alegato de conclusión, respectivamente: Frente a la norma legal que la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL – ACEMI – señala como violada, la Sala observa que ese cuestionamiento no puede ser objeto de consideración en esta providencia, toda vez que la Ley 1122 del 9 de enero de 2007 no fue mencionada por el actor dentro de las normas que considera trasgredidas. Sobre el particular, ha de tenerse en cuenta que quien interviene en un proceso de nulidad como coadyuvante, no está habilitado para formular nuevos cargos, debiendo limitarse llana y simplemente a secundar, sustentar o apoyar las pretensiones de la demanda y los cargos planteados por el actor, lo cual implica que al realizar su intervención, no puede formular pretensiones propias ni cargos nuevos contra los actos acusados. Lo anterior, por cuanto la determinación de la litis se hace a partir de la demanda y de su eventual adición, en donde el actor, luego de individualizar los actos cuya nulidad pretende, debe mencionar las normas que resultan violadas explicando el concepto de su violación. En ese contexto, de llegarse a permitir a los coadyuvantes la formulación de pretensiones nuevas o de cargos adicionales contra los actos administrativos cuestionados, se estaría propiciando una violación del derecho de defensa de la entidad que los profirió, la cual no cuenta con otra oportunidad procesal distinta a la del término de fijación en lista para proponer excepciones y defender la legalidad de los mismos. Lo anterior comportaría además un desconocimiento del debido proceso y del principio de Imparcialidad, y entrañaría la violación del “Principio de Congruencia de la sentencia” que impone a los jueces el deber de decidir la controversia

propuesta en la demanda. Predicamento similar cabe formular en este caso frente la presunta trasgresión del ordinal 2º artículo 1º de la Ley 962 de 2005, pues lo real y cierto es que dicha disposición tampoco fue mencionada en la demanda dentro del catálogo de normas infringidas. Así las cosas, en el cotejo normativo a efectuar se considerará solamente lo dispuesto en 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERALES 2, 21 Y 23 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 208 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 334 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 156 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 162 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 172 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 173 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 182 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 188 / DECRETO 2150 DE 1995 – ARTICULO 121 / LEY 10 DE 1990 – ARTICULO 8

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Se juzga la legalidad de actos administrativos en abstracto / ACCION DE NULIDAD - La inminencia de un perjuicio irremediable no es un argumento para cuestionar la legalidad del acto demandado

La Sala observa igualmente que el cargo referido a la “inminencia de un perjuicio irremediable”, derivado de la expedición de los actos acusados, es de suyo extraño al proceso contencioso de simple nulidad, el cual, como es bien sabido, tiene por objeto el juzgamiento de los actos demandados frente a las disposiciones jurídicas de carácter superior que el actor haya señalado como violadas. En tal virtud, el hecho de que con motivo de la expedición de la Resolución 2933 de 2006 pueda llegar a ocasionarse en forma inminente un perjuicio para las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS., en nada afecta su legalidad, por tratarse de situaciones de hecho inciertas, estocásticas e hipotéticas, cuya ocurrencia, de llegar a concretarse en el futuro, sería en todo caso posterior a la expedición de los actos administrativos demandados. Con fundamento en estas consideraciones y como quiera que en este tipo de litigios se juzga la legalidad de los actos administrativos en abstracto, dejando de lado aquellas situaciones de hecho de carácter particular que pudieren derivarse de su ejecución, queda en claro que el cuestionamiento en mención no puede ser objeto de análisis en este proceso.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA

PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE
SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

COSA JUZGADA - Concepto / COSA JUZGADA - Presupuestos para que se configure en acción de nulidad; objeto y causa / IDENTIDAD DE PARTES - No es requisito de la cosa juzgada en acción de nulidad / SENTENCIAS DE NULIDAD - Producen efectos erga omnes

Procede la Sala a analizar en este acápite la excepción de cosa juzgada propuesta por el Ministerio Público, frente a aquellos artículos respecto de los cuales el Consejo de Estado ya ha adoptado decisiones de fondo, con fundamento en las mismas causas y frente a las mismas disposiciones que ahora se invocan como violadas en este proceso. Con tal finalidad y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 306 del C.P.C. y 267 del C.C.A, serán objeto de consideración las sentencias invocadas por la entidad coadyuvante y por el Ministerio Público y, de manera oficiosa, otras providencias dictadas por la Sala referidas a la misma temática sobre la cual gira el debate judicial. 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.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 267 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 175 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 306 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 332

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE
SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

COSA JUZGADA EN ACCION DE NULIDAD - Efectos erga omnes a las sentencias que la declaran y los mismos efectos en cuanto a la causa petendi en las que la niegan / COSA JUZGADA EN DECISION NEGATIVA - Se

predica únicamente de las causales de nulidad invocadas y del contenido del petitum que no prosperó / DECISION NEGATIVA EN DEMANDA DE NULIDAD - La norma puede ser demandada por otra causa y puede prosperar la pretensión / COSA JUZGADA - Requiere identidad de objeto, causa y de las partes / OBJETO DE LA DEMANDA - Es la pretensión / CAUSA DE LA DEMANDA - Es el fundamento de derecho que se ejerce / IDENTIDAD JURIDICA DE LAS PARTES - No es aplicable en procesos de nulidad

Aparte de lo expuesto, resulta pertinente recordar que el fenómeno de la cosa juzgada se encuentra regulado en el artículo 175 del C.C.A., en la siguiente forma: Artículo 175. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes". La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada. La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor. Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo interdenuncial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios". De conformidad con lo prescrito por el inciso 1° del artículo 175 del C.C.A., en tratándose de sentencias estimatorias dictadas en procesos de simple nulidad, el fenómeno de la cosa juzgada produce efectos "erga omnes", lo cual significa que la decisión judicial en firme que haya declarado la nulidad de un acto administrativo, se hace extensiva a aquellos procesos en los cuales el acto demandado sea exactamente el mismo, independientemente de cuál sea la causa invocada para sustentar la nulidad deprecada. En tratándose del alcance de la cosa juzgada respecto de fallos desestimatorios proferidos en procesos contenciosos de nulidad, esta Corporación ha dicho lo siguiente: "...De acuerdo con esta disposición [Art. 175 C.C.A.], si la decisión jurisdiccional es negativa, es decir si el acto demandado continúa vigente, la cosa juzgada se predica, únicamente de las causales de nulidad alegadas y del contenido del petitum que no prosperó. En consecuencia la norma puede ser demandada por otra causa y puede prosperar la pretensión, lo que quiere decir, que en tales aspectos la sentencia es inmutable, y por tanto, debe estarse a lo resuelto en la misma. Ahora bien, de conformidad con el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que se configure la cosa juzgada es menester que haya identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de partes. El objeto de la demanda es la pretensión y la causa es el fundamento del derecho que se ejerce. El último requisito, identidad jurídica de las partes no es aplicable en procesos de nulidad, por los efectos erga omnes que le otorga el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo a las sentencias que la declaran y los efectos erga omnes en cuanto a la causa petendi en las que la niegan. En otras palabras, implica que son oponibles a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, ya que en éstos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino todo lo contrario, en interés del orden jurídico."

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 175

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la cosa juzgada respecto de fallos desestimatorios proferidos en procesos contenciosos de nulidad, sentencia de 22 de abril de 2004, Radicación N° 1034 (13274), Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

COSA JUZGADA - No se configura porque no hay identidad de causa

Al amparo de los anteriores parámetros y a efectos de poder determinar si en el caso sub examine se configura o no el fenómeno de la cosa juzgada, resulta indispensable examinar si el objeto y la causa de la demanda incoada por ciudadanos DIEGO MUÑOZ TAMAYO y HUGO ADOLFO HURTADO BEJARANO coinciden total o parcialmente con aquellas objetos y causas que fueron objeto de juzgamiento en los procesos que se mencionan a continuación, a fin de determinar si la excepción invocada por el Ministerio Público tiene o no vocación de prosperidad: - Sentencia del 18 de junio de 2009, que denegó la nulidad del artículo 1º, literal f) y literal a) de la Resolución 2949 de 2003 (Proceso 11001-03-24-000-2004-00410-01, M. P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón) En este proceso los demandantes señalaron como violados 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. En el proceso aquí referenciado, se contravirtió el hecho de que los preceptos acusados hubiesen dispuesto que para poder hacer efectivos los recobros ante el FOSYGA, las EPS del Régimen Contributivo y Subsidiado, y las Entidades Obligadas a Compensar, EOC, debían allegar la primera copia del fallo de tutela con la respectiva constancia de ejecutoria y el certificado de su existencia y representación legal con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días a la fecha de radicación de la solicitud de recobro. Dentro de los fundamentos de la demanda se aduce que el Ministro del ramo no podía establecer este tipo de requisitos, no solo por desconocer la presunción de buena fe sino fundamentalmente por contrariar la normatividad vigente en materia de simplificación de los trámites administrativos, a lo cual se agrega la circunstancia de no haber sido previstos por el legislador. En razón de lo anterior, la Sala considera que si bien en este caso se pretende la nulidad total de la Resolución 2949 de 2003, no resulta posible predicar que la causa que dio lugar a la discusión jurídica planteada en el proceso de la referencia y que fue resuelta por la Sala mediante la providencia del 18 de junio de 2009, haya sido la misma a la del presente proceso y, en consecuencia, no resulta pertinente declarar la ocurrencia de la cosa juzgada.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

COSA JUZGADA PARCIAL - Identidad de objeto y de causa

Sentencia del 4 de septiembre de 2008, que declaró nulos los literales a y b del Artículo 3º de la Resolución 2312 de 1998. (Proceso 11001-03-24-000-2003-00327-

01, M. P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade) Tras señalar como violados los artículos 48 y 121 de la Constitución Política, 156, 172, 204 y 218 de la Ley 100 de 1993, el actor procedió a controvertir el hecho de que el Ministro de Protección Social, obrando al margen de sus competencias y usurpando las que tiene asignadas el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS –, haya limitado en un 50% el valor de los recobros, afectando el equilibrio financiero de las EPS, ARP y entidades adoptadas. En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que en la demanda se solicita la declaratoria de nulidad total de la Resolución 2312 de 1998, trayendo a colación argumentos similares a los expuestos en el párrafo anterior, la Sala estima que en este caso sí se presenta una identidad parcial tanto en el objeto como en la causa de las demandas, en lo que tiene que ver con la legalidad del Artículo 3° literales a) y b) de la precitada Resolución, debiendo declararse en consecuencia la cosa juzgada parcial con respecto a lo previsto en los precitados literales.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Prospera cuando existe identidad de cargos

Sentencia del 18 de junio de 2009, que declaró la nulidad parcial del literal b) del artículo 11° de la Resolución 2948 de 2003. (Procesos 11001 0325000 2004 00139 01 y 11001 0325000 2004 00175 01 (Acumulados), M.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta) Según lo afirmó el actor en su demanda el acto acusado es violatorio de los artículos 13, 48 y 121 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 172 y 218 de la Ley 100 de 1993; el artículo 6° del Decreto 1283 de 1996; y los artículos 2° y 8° del Acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social, estructurando su inconformidad en el hecho de que el Ministro de la Protección Social haya desbordado el límite de sus competencias funcionales al limitar en un 50% el valor de los recobros por el suministro de medicamentos no incluidos en el POS y sin homólogo en el listado de medicamentos, ordenado por los Comités Técnico Científicos. Al propio tiempo, indicó el demandante que dicha restricción propicia un desequilibrio financiero en las entidades que forman parte del sistema, por cuanto el valor de tales medicamentos no es considerado al momento de determinar el valor de las Unidades de Pago por Capitación. En vista de lo anterior y siendo coincidentes tales cargos con los que ahora se formulan en este proceso, se impone declarar la prosperidad de la excepción de cosa juzgada frente al artículo 11° literal b) de la Resolución 2948 de 2003.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS SIN HOMOLOGO EN LISTADO DE MEDICAMENTOS - Suministro por las EPS / MEDICAMENTOS ORDENADOS EN FALLOS DE TUTELA - Recobro ante el FOSYGA. Monto a reconocer y pagar por concepto de recobros / FOSYGA - Recobro de medicamentos ordenados en fallo de tutela / COSA JUZGADA - Identidad parcial en el objeto

Sentencia del 18 de junio de 2009, que denegó la nulidad del artículo 2º, literal b) inciso 1º, de la Resolución 2949 de 2003 y declaró la nulidad del literal b) inciso final del mismo artículo. (Proceso 11001-03-24-000-2004-00340-01 (M. P. Dr. Marco Antonio Vellilla Moreno). En este proceso el actor señaló como violados los artículos 13, 48 y 121 de la Constitución Política y los artículos 172 y 218 de la Ley 100 de 1993. La controversia alrededor de la cual giró este proceso, está relacionada con el hecho de que el acto demandado haya limitado el monto del recobro por el suministro de medicamentos no incluidos en el POS, con o sin homólogo en el mismo, ordenados por fallos de tutela. Según se argumenta en esta providencia, en aquellos casos en los cuales los medicamentos tienen homólogo en el POS, se parte del presupuesto de que su valor fue tenido en cuenta el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación UPC. En ese orden de ideas, en caso de existir excedentes se debe reconocer a las EPS el valor de los mismos en aras de restablecer la ecuación económica contractual. Bajo esa misma lógica, en tratándose de medicamentos sin homólogo en el POS, debe reconocerse el 100% de su valor por no encontrarse financiado en las UPC. En consonancia con la decisión adoptada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-463 de 2008, con ponencia del H. Magistrado Jaime Araujo Rentería, la Sala concluyó que la limitación en el monto de los recobros se encuentra plenamente justificada cuando las EPS no estudian oportunamente los requerimientos del médico tratante respecto de servicios excluidos del POS y son obligadas a su prestación en virtud de una sentencia de tutela. Se trata de una consecuencia jurídica adversa que opera cuando los usuarios, apoyándose en las prescripciones del médico tratante, se ven obligados a acudir a ese procedimiento en defensa de sus derechos fundamentales, por lo cual es lógico que en tales eventos el valor del reconocimiento no sea pleno, debiendo cubrirse los costos de la prestación por partes iguales entre las EPS y el FOSYGA. Por lo expuesto, la Sala denegó la nulidad del artículo 2º, literal b), inciso 1º, de la Resolución 002949 de 2003. A partir de las consideraciones precedentes, la Sala decretó la nulidad del literal b) inciso final del mismo artículo, en cuanto dispuso, a manera de excepción, el reconocimiento y pago del valor total de los medicamentos no incluidos en el POS ordenados por fallos de tutela, en aquellos casos en los cuales la EPS o EOC demuestre mediante acta fechada con anterioridad a la fecha del fallo que su Comité Técnico Científico tramitó en debida forma la solicitud del medicamento, pero que fue negado por pertinencia demostrada o por no cumplir con los criterios de autorización. Como quiera que la demanda presentada por los ciudadanos DIEGO MUÑOZ TAMAYO y HUGO ADOLFO HURTADO BEJARANO pretende obtener la nulidad total de la Resolución 2949 de 2003, se concluye que en este caso se presenta una identidad parcial en el objeto, en lo que tiene que ver con el artículo 2º, literal b), incisos 1º y final, de la precitada Resolución, que de acuerdo con lo previsto en el inciso 1º del Artículo 175 del C.C.A., da lugar a que se configure el fenómeno de la cosa juzgada.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 175

NOTA DE RELATORIA: Sentencia C-463 de 2008 de la Corte Constitucional.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

EXCEPCION DE COSA JUZGADA / MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL - Incompetencia para adoptar medidas sobre administración de recursos del FOSYGA

Sentencia del 8 de julio de 2010, que declaró la nulidad de la expresión “50% del”, contenida en el literal b) del artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004. (Proceso 11001-03-24-000-2005-00112-01, M. P. Dra. María Claudia Rojas Lasso) En el proceso mencionado en el epígrafe, el actor señaló como violados los artículos 48 y 49 de la Constitución Política; los artículos 153, 178 y 182 de la Ley 100 de 1993; el artículo 8 del Decreto 806 de 1998; y el Acuerdo 83 de 1997 del CNSSS. En dicho asunto, tanto la actora como el tercero interviniente reclamaron el derecho al recobro por el 100% de lo pagado por medicamentos no incluidos en el POS, para evitar un desequilibrio financiero. Como quiera que la Resolución 3797 de 2004 recoge las mismas disposiciones que fueron objeto de juzgamiento en las sentencias dictadas en los procesos radicados bajo los números 11001-03-24-000-2003-00327-01, 11001-03-25-000-2004-00139-01 y 11001-03-24-000-2004-00340-01, la Sala decidió reiterar los argumentos en ellas contenidos y a los cuales se hizo alusión ut supra, anulando la limitación establecida en el artículo 19 literal b) de dicha Resolución. En este caso, como en los anteriores, se contravirtió igualmente el cargo referido a la incompetencia del Ministro para regular esa materia en particular. En razón de lo anterior, la Sala considera que en este caso también está llamada a prosperar parcialmente la excepción de cosa, en lo que tiene que ver con el precitado artículo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la falta de competencia del Ministerio de la Protección Social para adoptar medidas como la contenida en el acto acusado (valor a reconocer y pagar a EPS o ARS por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS sin homologado en dicho acuerdo), y sobre el desequilibrio económico causado con aquellas, sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente 2003 00327 01, del 4 de septiembre de 2008, C.P. Camilo Arciniegas Andrade; Expediente 2004 00139 01 y 2004 00175 01 (acumulados), del 18 de junio de 2009, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; y Expediente 2004 00340, del 18 de junio de 2009, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

COSA JUZGADA - Identidad de causa / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Opera solamente con respecto a las normas cuya nulidad se decretó en cada

caso y en relación con las disposiciones que se mencionaron como vulneradas

Con respecto al artículo 2º, literal b) inciso 1º de la Resolución 2949 de 2003, cuya declaratoria de nulidad fue denegada por la Sentencia del 18 de junio de 2009, antes mencionada, la Sala considera que opera igualmente la cosa juzgada, toda vez que la causa petendi invocada en ese proceso es de suyo coincidente con la que fue planteada por los actores en este proceso, de tal suerte que ha de darse aplicación al artículo 175 del CCA. 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, en los procesos que se mencionan enseguida las normas que se identificaron como violadas son las siguientes: (...). Se infiere entonces que el fenómeno de la cosa juzgada que se predica de las decisiones adoptadas en los expedientes identificados bajo los números de radicación 2003-00327-01, 2004-00139-01, 2004-00340-01 y 2005-00112-01, opera solamente con respecto a las normas cuya nulidad se decretó en cada caso y en relación con las disposiciones que en tales procesos se mencionaron como trasgredidas. En ese sentido y de conformidad con las consideraciones precedentes, el examen de legalidad deberá tener en cuenta que la excepción de cosa juzgada está llamada a prosperar respecto de las siguientes disposiciones: el artículo 3º literales a) y b) de la Resolución 2312 de 1998; el artículo 11º literal b) de la Resolución 2948 de 2003, el artículo 2º literal b) incisos primero y último de la Resolución 2949 de 2003 y el artículo 19 literal b) de la Resolución 3797 de 2004.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 175

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / AFILIACION - Clasificación / REGIMEN CONTRIBUTIVO - Concepto / REGIMEN SUBSIDIADO - Concepto

Antes de hacer referencia a los cargos planteados por la parte actora y con el objeto de contextualizar la discusión, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, coexisten en el Sistema de Seguridad Social en Salud dos regímenes claramente diferenciados: uno de carácter contributivo y otro de carácter subsidiado. El Régimen Contributivo se encuentra integrado por un conjunto de normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para todas aquellas personas que se encuentren vinculadas laboralmente a través de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria y para quienes ostentan la condición de pensionados y jubilados, a los que se suman los trabajadores independientes con capacidad de pago y las familias de todos los anteriores, mediando en cada caso el pago de una cotización obligatoria, individual o familiar, o un aporte económico previo, que es asumido en su totalidad por el afiliado o en concurrencia con su empleador (Ley 100 de 1993, Artículos

157 y 202). El Régimen Subsidiado, por su parte, se encuentra conformado por un conjunto de normas que rigen la vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de todas aquellas personas pobres y vulnerables, incluyendo a los miembros de su respectivo grupo familiar, siempre y cuando no tengan capacidad de cotizar o esta sea limitada. En su caso, el valor de la cotización se cubre total o parcialmente con recursos de carácter fiscal o con fondos destinados a la solidaridad (artículos 211 y 214 de la Ley 100 de 1993), lo cual se explica por la necesidad de financiar o subvencionar la atención en salud de los sectores menos favorecidos de nuestra población (artículos 257, 212 y 213 de la ley 100/93).

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 211 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 212 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 213 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 214 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 157 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 202 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 257

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

REGIMEN CONTRIBUTIVO - Plan Obligatorio de Salud POS / REGIMEN SUBSIDIADO - Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSS / PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO POSS / PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Finalidad / UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION - UPC / MEDIOS COMPLEMENTARIOS DE FINANCIAMIENTO DEL POS - Lo son los copagos y las cuotas moderadoras

A cada uno de esos regímenes (subsidiado y contributivo) le corresponde un plan de beneficios (léase procedimientos médicos, quirúrgicos y terapéuticos y el suministro de medicamentos), denominado Plan Obligatorio de Salud –POS- en tratándose del régimen contributivo y Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S- en tratándose del régimen subsidiado. El Plan Obligatorio de Salud –POS-, especifica el conjunto básico de beneficios a que tienen derecho los afiliados al Régimen Contributivo y sus beneficiarios, el cual busca garantizar la protección integral en los casos de enfermedad general y maternidad, en las fases de promoción y fomento de la salud, y asegurar la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS-, (hoy Comisión Reguladora en Salud), de acuerdo con la competencia atribuida por el artículo 172 de la Ley 100 de 1993. Se trata de un plan de beneficios limitados que cubre ciertas patologías, cuya atención reviste, a juicio del CNSSS un carácter prioritario. Las restricciones antes apuntadas se explican por la necesidad de garantizar la viabilidad y la continuidad del Sistema, preservando la estabilidad económica del mismo y de los agentes prestadores de tales servicios. Para asegurar financiamiento de dichos beneficios, el Sistema reconoce a las Entidades Promotoras de Salud –EPS- la denominada Unidad de Pago por Capitación –UPC-, que es una prima de aseguramiento cuyo valor es determinado por el CNSSS, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 156, 172, 182 y 185 de la Ley 100 de 1993, tomando en cuenta precisamente el costo de los beneficios. Como complemento de lo anterior,

el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 contempla la figura de los copagos y las cuotas moderadoras, que constituyen medios complementarios de financiamiento del POS y cuyo recaudo es efectuado directamente por las EPS. El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, fue inicialmente regulado por el Acuerdo 008 de 1994 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (hoy de la Protección Social). Posteriormente, el Acuerdo 83 de 1997, modificado por los Acuerdos 106 y 110 de 1998, adoptó el listado de medicamentos esenciales cubiertos por el plan, siendo subrogados por el Acuerdo 228 de 2002, el cual, por su parte fue modificado y adicionado por los Acuerdos 226 de 2002, 282 de 2004, 263 de 2004, 289 de 2005, 302 de 2005, 313 de 2005, 350 de 2006, 368 de 2007, 380 de 2008, entre otros.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 156 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 172 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 182 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 185 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 187 / ACUERDO 008 DE 1994 – CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / RESOLUCION 5261 DE 1994 – MINISTERIO DE SALUD / ACUERDO 30 DE 1996 - CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO POSS - Financiamiento / REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD - Administración / UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION SUBSIDIADA - Retribución a ARS por sus servicios

El Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S, a su turno, comprende igualmente una cobertura de beneficios que comparativamente es menor a la del POS del régimen contributivo. En orden a garantizar su financiamiento, la ley 100 de 1993 prevé la asignación de recursos por parte de las entidades territoriales y del FOSYGA. el manejo de los recursos, la afiliación de los beneficiarios, la prestación directa o indirecta de los servicios de salud y el suministro de los medicamentos que forman parte del POS-S, corresponde a las direcciones distritales, municipales y departamentales de salud. Con cargo a los recursos antes mencionados se reconoce a las ARS, por cada uno de sus afiliados, la denominada Unidad de Pago por Capitación Subsidiada UPS-S. Los beneficios que forman parte del POS-S fueron definidos por primera vez mediante el Acuerdo 23 (sin fecha) del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el cual fue modificado posteriormente por los Acuerdos 49 de 1996, 72 de 1997 y 306 de 2005.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 / ACUERDO 23 SIN FECHA - CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA

PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE
SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD EPS - Obligaciones / DERECHO A LA VIDA - Suministro excepcional de medicamentos por vía de tutela o por autorización de Comités Técnico Científicos de las EPS, ARS y EOC / DERECHO A LA SALUD / DERECHO AL RECUBRO - Procede respecto del cubrimiento de las obligaciones excluidas del POS y efectivamente cumplidas / FOSYGA

Bosquejado en esos términos el esquema relativo a la prestación de los servicios básicos de seguridad social en Salud, se colige que las EPS, como entidades que tienen la responsabilidad de organizar y prestar directa o indirecta los servicios de salud, tal como lo establece el artículo 177 de la Ley 100 de 1973, en principio solamente están obligadas a suministrar los medicamentos y prestar los servicios que se encuentren incluidos en el POS, correspondiendo a los afiliados asumir en forma particular el costo de los tratamientos, procedimientos o medicamentos no previstos en aquél. No obstante lo anterior, excepcionalmente se ha venido ordenando por vía de tutela o autorizando por los Comités Técnico Científicos de las EPS, ARS y EOC, el suministro de medicamentos o la prestación de otros beneficios no contemplados en el POS, por estimarse que los mismos son necesarios para garantizar el derecho a la vida y a la salud de los afiliados o beneficiarios. Paralelamente a ello, se ha venido admitiendo por parte de nuestra justicia constitucional, que en tales circunstancias, esto es, cuando las EPS, las ARS y las EOC se ven obligadas a prestar servicios o a suministrar medicamentos no previstos en el POS, surge para ellas el derecho al recobro, esto es, a repetir contra el Estado por el valor de los beneficios no cubiertos total o parcialmente por las Unidades de Pago por Capitación, por tratarse de medicamentos y servicios con o sin homólogo en el POS adoptado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS-, (hoy Comisión Reguladora en Salud). (...) Como se puede apreciar, la Corte Constitucional, reitera lo que ya había expresado en providencias anteriores, en el sentido de precisar que el recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía, además de ser un derecho constitucional completamente justificado y legítimo, procede únicamente respecto del cubrimiento de las obligaciones expresamente excluidas del plan obligatorio de salud y efectivamente cumplidas mediante el suministro de medicamentos o la prestación de servicios no previstos ni financiados en el POS.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el suministro de medicamentos o la prestación de servicios no contemplados en el POS por orden de tutela sentencia Corte Constitucional T-412 del 22 de mayo de 2003, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis. Sobre el derecho al recobro de las EPS, ARS y las EOC, sentencias T-760 del 31 de julio de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-1050 del 5 de diciembre 2007, M.P. Jaime Cordoba Triviño

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 177

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA

FOSYGA - Procedimiento y monto de los recobros / COMITES TECNICO - CIENTIFICOS - Organización y funcionamiento / MINISTRO DE LA PROTECCION SOCIAL - Función de dictar normas científicas y expedir normas administrativas / NORMAS CIENTIFICAS - Concepto / NORMAS ADMINISTRATIVAS - Concepto / NORMAS ADMINISTRATIVAS - Las disposiciones referidas a la organización y funcionamiento de los Comités Técnico-Científicos

Las Resoluciones 2933 de 2006, 3615 de 2005, 2366 de 2005, 3797 de 2004, 2498 de 2003, 2949 de 2003, 2312 de 1998 y 5061 de 1997, que constituyen los actos administrativos cuya nulidad se demanda en este proceso, fueron proferidas por el Ministro de la Protección Social, con fundamento en las atribuciones conferidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, precisamente con la declarada intención de instrumentalizar el recobro ante el FOSYGA de tales beneficios no incluidos en el POS. En líneas generales, en esos actos administrativos se reglamentan dos grandes temáticas, a saber: (1) la relativa a la organización y funcionamiento de los Comités Técnico-Científicos y (2) la referida al procedimiento y al monto de los recobros ante el FOSYGA por concepto de medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos no incluidos en el POS, autorizados por los Comités Técnico Científicos u ordenados por fallos de tutela. (...) 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 8° 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 parágrafo 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.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 173 / LEY 10 DE 1990 – ARTICULO 8

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Le corresponde regular la prestación del servicio público de salud / GOBIERNO NACIONAL - Potestad reglamentaria / MINISTRO DE LA PROTECCION SOCIAL - Facultad reglamentaria / MINISTRO DE LA PROTECCION SOCIAL - Jefe de la administración en su respectiva dependencia y Director del Sistema General de Seguridad en Salud SGSSS / PRINCIPIO DE CELERIDAD / PRINCIPIO DE EFICACIA / PRINCIPIO DE ECONOMIA / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministerio de Salud hoy de la Protección Social

En un Estado Unitario como el nuestro y de conformidad con lo previsto en los numerales 2° y 23° del artículo 150 de la Constitución vigente, corresponde ciertamente al Congreso de la República regular la prestación del servicio público de salud, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional, para la cumplida ejecución de la ley, en el ámbito de su competencia, ejerza la potestad reglamentaria conforme a lo preceptuado por el artículo 189, numeral 11 ejusdem. Sin embargo, la potestad que ostenta el Presidente de la República para reglamentar las leyes, no puede ser confundida con la que tiene asignada el Ministro de Protección Social, en su calidad de “jefe de la administración en su respectiva dependencia” y como Director del Sistema General de Seguridad en Salud (SGSSS) para dictar reglamentos o actos administrativos de contenido general sobre determinados aspectos de carácter administrativo, obviamente sin rebasar el ámbito material de la ley y sin transgredir los actos de naturaleza reglamentaria expedidos por el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, lo cual no ocurre por demás en el asunto bajo examen. Las facultades reglamentarias en comento encuentran un sólido sustento constitucional en el artículo 208 de la Carta, en donde se establece que “Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley. En ese orden de ideas, desconocer al Ministro de Protección Social la facultad de expedir reglamentaciones puntuales en asuntos administrativos que son propios de su dependencia, equivaldría no solamente a desconocer su condición de jefe de la administración en su respectiva cartera ministerial, sino que podría dar lugar a una concentración tan absurda como inconveniente de la potestad reglamentaria en el primer mandatario de la Nación, contrariando los principios de celeridad, eficacia y economía previstos en el artículo 209 de la Carta y los lineamientos establecidos en la Ley 489 de 1998. Ciertamente, sería completamente insensato pretender que el Presidente de la República esté

llamado a proferir medidas reglamentarias en todos y cada uno de los ramos y ámbitos de la gestión pública a nivel nacional. Aparte de lo anterior, no puede perderse de vista que el artículo 170 de la Ley 100 de 1993 dispone claramente lo siguiente: “El Sistema General de Seguridad Social en Salud está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministerio de Salud y atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del gobierno frente a la salud pública, en la lucha contra las enfermedades endémicas y epidémicas y el mantenimiento, educación, información y fomento de la salud, de conformidad con el plan de desarrollo económico y social y los planes territoriales de que tratan los artículos 13 y 14 de la Ley 60 de 1993.”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 2 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 23 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 208 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209 / LEY 489 DE 1998 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 170

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

RECOBRO - Procedimiento y monto / MINISTRO DE LA PROTECCION SOCIAL - Competencia para establecer el procedimiento y señalar los requisitos para el recobro de los medicamentos ante el FOSYGA / MINISTRO DE LA PROTECCION SOCIAL - Función de dictar normas científicas y expedir normas administrativas / NORMAS ADMINISTRATIVAS

Con respecto a las disposiciones reglamentarias referidas al procedimiento y al monto de los recobros por concepto de medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos incluidos o no en el POS, autorizados por los Comités Técnico Científicos u ordenados por fallos de tutela, contenidas en los actos demandados resulta oportuno realizar las siguientes acotaciones: En tales normas se reglamentan el procedimiento, los requisitos y la oportunidad para la presentación de las solicitudes de recobro; el término para estudiar su procedencia y realizar el pago; las causales de rechazo, devolución y aprobación condicionada de las solicitudes de recobro; la realización de pagos por valor inferior al solicitado; la comunicación a la entidad recobrante; la presentación, sustentación y decisión de las objeciones; el monto de los recobros; el control, seguimiento y autoría sobre los procedimientos de recobro; los formatos a emplear y la definición de las consecuencias de su diligenciamiento incompleto. Frente a tales disposiciones, los actores aseguran que el Ministro del ramo tampoco tiene competencia para establecer el procedimiento de recobro ni para señalar los requisitos que deben cumplir las entidades recobrantes, y mucho menos aún para limitar el monto de los recobros y determinar la extensión de las obligaciones a cargo de las EPS, ARS y EOC; afectando con ello el equilibrio de sus cargas económicas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Sobre el particular, estima la Sala que lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, en cuanto atribuye al Ministro la facultad de expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las EPS, las IPS y las direcciones seccionales, distritales y locales de salud, constituye un fundamento legal más que suficiente

para concluir que la reglamentación relativa al procedimiento, a los términos y a los requisitos que se cuestionan en este proceso, tiene en efecto un sólido fundamento jurídico. Aparte de ello, el propio artículo 173 de la ley 100 de 1993, al relacionar las atribuciones que se confieren al Ministro, en realidad está reiterando aquello que ya había sido establecido desde antaño en las leyes 10ª de 1990 y 60 de 1993 y en el Decreto 2164 de 1992. En efecto, el artículo 8º de la Ley 10ª de 1990 atribuye al Ministerio de Salud la Dirección Nacional del Sistema de Salud, y establece como función de su despacho, la responsabilidad de “[...] formular las políticas y dictar todas las normas científico-administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema” Posteriormente, el Decreto 2164 de 1992 “Por el cual se reestructura el Ministerio de Salud”, dictado por el Presidente de la Republica en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Artículo 20 transitorio de la Constitución Política, dispuso en su artículo 2º numeral 12 que corresponde al Ministro del ramo ejercer la Dirección Nacional del Sistema de Salud, y en tal virtud, es función suya “Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento y las que deberán ser adecuadas o desarrolladas por las entidades y organismos públicos y privados del sector salud en relación con los temas y regímenes tarifarios para la prestación de servicios de salud, conforme a las normas legales que regulan la materia.” Por contera, el artículo 5º de la ley 60 de 1993 también estableció que corresponde a la Nación, a través de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás organismos y autoridades de la administración central o de las entidades descentralizadas del orden nacional, conforme a las disposiciones legales sobre la materia, “Dictar las normas científico administrativas para la organización y prestación de los servicios.” Según se deduce de lo expuesto, el Ministro de Protección Social si es competente para establecer el procedimiento y señalar los requisitos para el recobro de los medicamentos ante el FOSYGA, en tanto y en cuanto tales medidas encuadran dentro del concepto de normas administrativas a las cuales se hace referencia en las disposiciones anteriormente enunciadas. Cabe formular las mismas consideraciones que se hicieron frente a aquellos artículos de los actos demandados, mediante los cuales se impuso a las EPS, ARS y EOC la obligación de diseñar un programa de auditoria. De acuerdo con esa línea de pensamiento, la Sala estima que no es viable acceder entonces a la declaratoria de nulidad de los artículos 9 a 24 y 27 a 31 de la Resolución 2933 de 2006; de las Resoluciones 2366 y 3615 de 2005 integralmente consideradas; de los artículos 9 a 18 y 21 a 25 de la Resolución 3797 de 2004; de los artículos 1º, 3º y 4º de la Resolución 2949 de 2003; de los artículos 9º, 10, 12, 13, y 14 de la Resolución 2948 de 2003; y de los artículos 2º, 4º y 5º de la Resolución 2312 de 1998, por tratarse de disposiciones que, como ya se dijo, se encuadran dentro del concepto de normas administrativas mencionado en el artículo 173 de la ley 100 de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 173 NUMERAL 3 / LEY 10 DE 1990 – ARTICULO 8 / LEY 60 DE 1993 – ARTICULO 5 / DECRETO 2164 DE 1992

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

DERECHO A LA SALUD - Derecho fundamental autónomo / PROCEDIMIENTO DE RECOBRO - Competencia del Ministerio de la Protección Social para establecerlo / CORTE CONSTITUCIONAL - Ordenó al Ministro de la Protección adoptar normas para corregir los vacíos regulatorios del ordenamiento jurídico en relación con los cobros

No sobra recalcar que la Corte Constitucional, en su Sentencia T-760 de fecha 31 de julio de 2008, al resolver las distintas acciones constitucionales que fueron acumuladas en ese proceso y luego de destacar el carácter de derecho fundamental autónomo que tiene el derecho a la salud, ordenó al Ministro del ramo que procediera a la adopción de algunas normas encaminadas a corregir los vacíos regulatorios que presentaba el ordenamiento jurídico en relación con el tema de los cobros. Al respecto, en algunos de los apartes de dicha decisión, la Corte expresó: “[...] en la parte resolutive de esta providencia se ordenará al MINISTERIO DE LA PROTECCION Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de cobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de cobro. El MINISTERIO DE LA PROTECCION Social podrá definir el tipo de medidas necesarias. Por ejemplo, éstas podrían consistir en cambios de tipo gerencial, tales como la contratación de personal que ayude a evacuar las solicitudes de acuerdo al sistema actual. Otras medidas podrían comprender el rediseño del sistema de cobro. El nuevo sistema podría seguir teniendo un flujo de ingreso de solicitudes, de tal manera que éstas sean verificadas una a una, pero a la vez, un flujo de desembolsos que no dependa de la aceptación de las solicitudes individuales, sino de cifras globales definidas anteriormente con base en estimativos de reembolsos a cada EPS, y sujetas a compensación por las diferencias verificadas al final de cada periodo preestablecido. La previsión de un estimativo del monto de cobros por un período de tiempo por cada entidad aseguradora, con base en el histórico de cobros de cada entidad, y la correspondiente compensación de acuerdo a los cobros efectiva y legalmente causados, agilizaría el flujo de recursos para financiar servicios de salud y aseguran el goce efectivo del derecho. A su vez, cualquiera sistema que sea diseñado por la Comisión podrá prever desincentivos para las entidades que supediten a la presentación de acciones de tutela la autorización de servicios médicos requeridos y cobrados. El Ministerio podrá diseñar el sistema que considere más adecuado, teniendo en cuenta (i) la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos, (ii) la definición de un trámite ágil y claro para auditar cada solicitud de cobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos, (iii) la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y (iv) la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud. El MINISTERIO DE LA PROTECCION Social deberá remitir a la Corte Constitucional la regulación mediante la cual se adopte este nuevo sistema y la fecha de iniciación.”. A juicio de la Sala, todos los fragmentos resaltados permiten inferir que la propia Corte Constitucional de manera expresa le está reconociendo al Ministro de la Protección Social la competencia para expedir reglamentaciones como las que ahora son objeto de cuestionamiento en este proceso, con lo cual coincide plenamente esta Corporación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la competencia del Ministerio de la Protección Social para regular el tema de los cobros, sentencia Corte Constitucional T-760 del 31 de julio de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA

PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA
PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE
SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

**CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD CNSSS -
Estableció la posibilidad de que en casos excepcionales se presten servicios
no incluidos en el POS, cuando sea necesario para garantizar el derecho a la
vida y a la salud / RECOBROS / MEDICAMENTOS FORMULADOS NO
INCLUIDOS - Entrega por la EPS en circunstancias específicas para
garantizar los derechos fundamentales a la vida y a la salud**

Ahora bien, con respecto a la presunta extralimitación de funciones en que pudo haber incurrido el Ministro del ramo al extender las cargas y obligaciones a cargo de las EPS, las ARS y las EOC, ocasionando un desequilibrio en sus finanzas, la Sala se ve obligada a manifestar que ninguno de los actos administrativos contiene en realidad ningún precepto al cual pueda atribuirse tal consecuencia. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS, haciendo eco de las múltiples determinaciones adoptadas por la Corte Constitucional con respecto al suministro de medicamentos y a la prestación de servicios no incluidos en el POS, invocando las atribuciones conferidas en el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, fue realmente el organismo administrativo que estableció la posibilidad de que en casos excepcionales se presten servicios no incluidos en el plan de beneficios, siempre y cuando ello sea necesario para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas. Lo anterior lo reafirman los artículos 8° del Acuerdo 83 de 1997 y 8° del Acuerdo 228 de 2002, en los cuales se dispuso textualmente lo que sigue: Acuerdo 83 de 1997, Artículo 8°: Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo. Si el precio máximo al público de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del tratamiento, es menor o igual al precio máximo al público de los medicamentos que reemplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las EPS o ARS. Si el precio máximo excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía. En el caso de que la formulación de dichos medicamentos se asocie a patologías que correspondan a las clasificadas como de alto costo, éstos harán parte del recobro al reaseguro. El Ministerio de Salud reglamentará la conformación de comités técnico-científicos dentro de las EPS, ARS e IPS los cuales establecerán las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado, con criterios de costo-efectividad. En estos comités se tendrá en cuenta la participación de un representante de los usuarios". Acuerdo 228 de 2002, Artículo 8°.- Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo, previa aprobación del Comité Técnico Científico. Si el precio de compra de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del tratamiento, es menor o igual al precio de compra de los medicamentos, que lo reemplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las entidades obligadas a compensar o ARS. Si el precio de compra excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía. En virtud lo anterior, la Sala concluye que la extensión de las cargas y obligaciones que los actores controvierten en este proceso, se atribuye realmente a los preceptos que se acaban de transcribir y no a los actos demandados. Estos últimos, tal como se mencionó anteriormente, contienen tan solo algunas disposiciones de carácter administrativo encaminadas

a instrumentalizar el pago de los recobros, con los cuales se busca precisamente evitar que la asunción de tales obligaciones por parte de las EPS, las ARS y las EOC se traduzca en un desequilibrio financiero que atente contra la estabilidad del Sistema Nacional de Seguridad Social y en el descalabro económico de las mismas. Dicho de otra manera, las disposiciones acusadas no modifican el Plan Obligatorio de Salud, tampoco determinan la inclusión de medicamentos en él, sino que permiten y hacen más expedito que los medicamentos formulados, por fuera del listado y en circunstancias específicas, en procura de garantizar los derechos fundamentales a la vida y a la salud, se puedan entregar al usuario del servicio por las EPS, sin necesidad de trámites engorrosos y demorados que no cumplan con el objetivo propuesto.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 172 / ACUERDO 83 DE 1997 – ARTICULO 8 / ACUERDO 228 DE 2002 – ARTICULO 8

NOTA DE RELATORIA: Sobre la inaplicación de disposiciones que establecen la exclusión de procedimientos quirúrgicos o de medicamentos en los casos en que son requeridos con urgencia para salvaguardar la vida, sentencia corte Constitucional T-0001 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003615 DE 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002366 de 2005 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 003797 de 2004 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002948 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 2949 de 2003 - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL / RESOLUCION 002312 DE 1998 - MINISTERIO DE SALUD / RESOLUCION 005061 DE 1997 - MINISTERIO DE SALUD

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00388-00

Actor: DIEGO MUÑOZ TAMAYO Y HUGO ADOLFO HURTADO BEJARANO

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Procede la Sala a decidir en única instancia la demanda de nulidad interpuesta por los ciudadanos DIEGO MUÑOZ TAMAYO y HUGO ADOLFO HURTADO

BEJARANO, contra la Resolución 2933 de 2006 y todos aquellos actos que constituyen sus antecedentes normativos, proferidas por el Ministerio de la Protección Social.

I.- LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan los demandantes a la Corporación que acceda a las siguientes

1. Pretensiones:

Solicita el actor que se declare 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, *“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*, 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:

- **La Resolución 3615 de 2005**, expedida por el viceministro de Salud y Bienestar encargado de las funciones del despacho del Ministro de la Protección Social, por la cual se adoptan los formatos para la presentación de las solicitudes 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;
- **La Resolución 2366 de 2005**, expedida por el Ministro de la Protección Social, por la cual se modifica parcialmente la Resolución 3797 de 2004.
- **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;

- **La Resolución 2948 de 2003**, expedida por el Ministro de la Protección Social, por la cual se subrogan las Resoluciones 05061 de 1997 y 02312 de 1998 se dictan otras disposiciones para la autorización y el recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud – FOSYGA de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico – CTC;
- **La Resolución 2949 de 2003**, expedida por el Ministro de la Protección Social, por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud – FOSYGA por conceptos de prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se deben anexar como soporte a las solicitudes de pago;
- **La Resolución 2312 de 1998**, expedida por la Ministra de Salud, por la cual se modifica el artículo 10 de la Resolución 5061 de 1997, y se reglamenta el recobro de medicamentos autorizados por los Comités Técnico Científicos de las Entidades Promotoras de Salud – EPS, Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud – ARS y entidades adaptadas;
- **La Resolución 5061 de 1997**, expedida por la Ministra de Salud, por la cual se reglamentan los Comités Técnico Científicos dentro de las Entidades Promotoras De Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y se dictan otras disposiciones;”

2. Fundamentos de Hecho

Los actores, luego de esbozar en términos generales el conjunto de disposiciones constitucionales y legales que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y la prestación de los servicios por parte las Empresas

Promotoras de Salud (EPS), las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) y las Empresas Obligadas a Compensar (EOC), hicieron alusión a los antecedentes y fundamentos normativos de los actos administrativos acusados, mediante los cuales se reguló el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de la prestación de servicios médico asistenciales y el suministro de medicamentos no previstos en el Plan Obligatorio de Salud (POS). Además de ello señalaron que las Resoluciones cuya declaratoria de nulidad se pretende, obligan a las entidades precitadas a asumir una parte de los costos en que se incurra, cuando el medicamento no tiene homólogo en el listado de medicamentos cubiertos por el POS, trasladándoles de esa manera una carga económica que legalmente no les corresponde y cuyo costo no forma parte de los parámetros que son tenidos en cuenta para la determinación de las Unidades de Pago por Capitalización (UPC) que, como bien se sabe, constituyen la base para cuantificar la retribución que tales entidades tienen derecho a percibir por el cumplimiento de sus obligaciones como agentes del Sistema.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora señala como violados los Artículos 121, 150 (numerales 2°, 21° y 23°), 189 (numeral 11°), 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 8° de la Ley 10ª de 1990.

Al explicar el concepto de la violación de las normas que se acaban de enunciar, los demandantes concretan sus objeciones en los siguientes términos:

a.- Primer Cargo: Falsa motivación

Las decisiones censuradas fueron proferidas por el Ministerio del ramo invocando como fundamento normativo lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, el cual tan solo habilita al Ministro del ramo para expedir **normas científicas y normas administrativas**, entendidas aquellas como el conjunto de reglas de orden científico y tecnológico para la organización y prestación de los servicios de salud, y, éstas, como las referidas a la asignación y gestión de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros.

En tal orden de ideas, los actos acusados se encuentran falsamente motivados pues lo dispuesto en esa norma no habilita al Ministerio para reglamentar los Comités Técnicos-Científicos – CTC; para definir el alcance de la expresión “*hechos de naturaleza asistencial*”; para determinar la extensión de las obligaciones a cargo de las EPS, ARS y EOC; ni para definir procedimientos que afectan el equilibrio de las cargas económicas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

b.- Segundo Cargo: Violación del principio de legalidad

Los actores pusieron de relieve que ni el Ministro de la Protección Social, ni el Viceministro encargado de las funciones de su despacho, eran competentes para regular los cuatro tópicos citados en el cargo anterior, ni eran delegatarios de las facultades reglamentarias atribuidas al Presidente de la República por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política. Por dicha razón, ni el Ministro ni el Viceministro podían expedir actos reglamentarios encaminados a desarrollar el artículo 173 de la Ley 100 de 1993. Al no existir un acto de delegación ni ninguna atribución legal de competencias, resulta forzoso concluir que el Ministerio de la Protección Social ejerció funciones distintas a las señaladas expresamente en la Constitución y en la Ley, todo en abierta violación del artículo 121 de la Constitución Política.

c.- Tercer Cargo: Violación del principio de reserva legal

Adujeron que las resoluciones demandadas invadieron la esfera de competencias del Legislador, en la medida en que el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud – FOSYGA - es materia de reserva legal, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 150 de la Carta Fundamental, pues se trata de regular el establecimiento y modificación de los procedimientos administrativos.

Reafirmación de lo anterior, es el hecho de que en el Código Contencioso Administrativo se prevean disposiciones relacionadas con las actuaciones administrativas, las cuales deben ser de aplicación general y preferente, salvo que la ley o un acto administrativo de carácter general, establezca un procedimiento especial.

En tal orden de ideas, cuando el Ministerio de la Protección Social se ocupa de establecer “*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*”, con requisitos y plazos de respuesta más gravosos que los dispuestos por el propio Código Contencioso Administrativo, vulnera abiertamente el principio de reserva legal.

d. Cuarto Cargo: Desviación de poder

Según se expresa en la demanda, los actos enjuiciados se orientaron hacia fines distintos de los previstos en las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que dentro de las funciones atribuidas al Ministro de Protección Social, no se encuentra la facultad de reglamentar lo atinente a los “*hechos de naturaleza asistencial*” y a los Comités Técnicos Científicos – CTC.

Aparte de ello, los actos acusados amplían indebidamente el espectro de responsabilidades a cargo de las EPS, ARS y EOC, desconociendo las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Si bien es cierto que las normas superiores que orientan el sistema dejaron de regular temas que han surgido con posterioridad a su expedición, no era procedente que el Ministerio del ramo se arrogara indebidamente tal facultad reglamentaria, sobre todo en un tema que tiene tantas implicaciones económicas y sociales.

e. Quinto Cargo: La inminencia de un perjuicio irremediable

La entrada en vigencia de la Resolución 2933 de 2006 implicó perjuicios irremediables para las EPS, ARS y EOC, por cuanto dicha norma fijó nuevos requisitos para la adopción y constancia de las decisiones de los Comités Técnicos Científicos – CTC, tales como los relativos a la identificación por parte del médico tratante del medicamento o medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico y que se reemplazan o sustituyen, con la descripción de sus principios activos, concentración y forma farmacéutica, y el número de días, tratamientos y dosis equivalentes al medicamento autorizado o negado.

Tampoco se estableció un periodo de transición que permitiera a las EPS, ARS y EOC tramitar el recobro de todos los eventos atendidos hasta el 31 de octubre de 2006 bajo los procedimientos y con los requisitos de la resolución anterior.

Finalmente, adujeron los libelistas que los actos acusados no contribuyen a solucionar la problemática que agobia el Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto dejan de definir cuáles son los medicamentos homólogos o sustitutos de aquellos que forman parte del Plan Obligatorio de Salud – POS -, ni las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de la inexistencia de un equivalente terapéutico.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del **MINISTERIO DE LA PROTECCION Social** dio contestación oportuna a la demanda aduciendo que esa cartera sí era competente para expedir las normas que se censuran, pues si bien el Consejo de Seguridad Social en Salud funge como consejo de administración del FOSYGA y en tal virtud es el llamado a determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos, el MINISTERIO DE LA PROTECCION Social es el llamado a ejercer la dirección y control integral del Fondo de conformidad con lo establecido por el artículo 5º del Decreto 1283 de 2002. Por dicha razón, ese Ministerio tiene dentro de sus funciones la tarea de garantizar el cumplimiento y el desarrollo de los objetivos que el FOSYGA tiene señalados.

En ese contexto, si los recobros por los conceptos antes aludidos, deben hacerse con cargo a los recursos del Fondo, nada obsta para que sea el Ministerio el que fije las condiciones mínimas con sujeción a las cuales proceden tales reconocimientos económicos, en aquellos casos en los cuales se ordena la práctica de tratamientos o el suministro de medicamentos no incluidos en el POS.

A renglón seguido, sostuvo que los actos enjuiciados se ajustan a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, en cuanto a los requisitos que los Comités Técnicos Científicos deben tener en cuenta para la atención absoluta, rápida y eficiente de los usuarios y al procedimiento a seguir para el trámite de los recobros ante el FOSYGA.

También afirmó que la Resolución 2933 de 2006 y sus antecesoras, cumplen funciones de regulación netamente procedimentales, pues determinan requisitos y tiempos del manejo que se da a los medicamentos que se encuentran por fuera del POS.

La precitada Resolución, tal como lo anota el apoderado del Ministerio, fue proferida para garantizar el estricto cumplimiento de los fallos de tutela, posibilitando la formulación y suministro de medicamentos no incluidos en el listado POS.

Con respecto al supuesto desequilibrio económico que para las EPS, ARS y EOC se deriva del cumplimiento de los actos censurados, el apoderado del Ministerio puso de presente que ese fenómeno no se presenta, pues tales entidades tienen varias fuentes de ingreso tales como las Unidades de Pago por Capitación – UPC, las cuotas moderadoras o copagos, los planes complementarios, las comisiones por prestación de los servicios de salud a las Administradoras de Riesgos Profesionales, más los recobros propiamente dichos. Aparte de ello, las entidades que forman parte del sistema, no pueden pretender que su derecho al recobro de lugar a obtener un enriquecimiento sin causa.

Tras detenerse en la explicación de cómo funciona el Sistema de Seguridad Social en Salud, el apoderado del Ministerio expresó que los pronunciamientos efectuados por la H. Corte Constitucional alrededor del tema han tenido serias implicaciones fiscales para el Estado, pues en virtud de tales decisiones judiciales, el Estado se ha visto abocado a cubrir gastos en salud que no habían sido previstos.

III. COADYUVANCIA

La ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL – ACEMI obrando por conducto de apoderado, acudió al proceso para respaldar las pretensiones de la demanda. En el memorial obrante a folios 349 a 357 del expediente, asegura que el inciso final del artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006 y el literal b) del artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004, proferidas por el Ministerio de la Protección Social, son contrarios al principio de legalidad al

imponer a las EPS y ARS, cargas adicionales a las contempladas en la ley, con el agravante de que el valor de los servicios y suministros antes mencionados no se encuentra financiado en las UPC.

En relación con este punto, solicitó a la Sala la reiteración de los criterios y decisiones consignados en las sentencias proferidas el 4 de septiembre de 2008 (Rad. Núm.: 2003-00327), el 16 de junio de 2009 (2004-00139) y el 3 de septiembre de 2009 (2005-00365), en atención a que los actos administrativos acusados comportan el establecimiento de criterios de distribución de los recursos del Fosyga, lo cual no es del resorte del Ministerio de la Protección Social.

Por otra parte, el apoderado de la coadyuvante trajo a colación la Ley 1122 del 9 de enero de 2007 y la sentencia C-463 del 14 de mayo de 2008 dictada por la Corte constitucional, para decir que sólo a partir de la expedición de dicha ley existe un soporte normativo para sancionar a las EPS por no tramitar de manera oportuna las solicitudes de suministro de medicamentos no POS ante los Comités Técnico Científicos – CTC, en los casos en los cuales la prestación haya sido ordenada por fallos de tutela. Por otra parte, sólo a partir de la ejecutoria de la precitada sentencia, esa sanción se extiende al trámite inoportuno ante los CTC por medicamentos y servicios no POS tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, para todas las enfermedades y no sólo las de alto costo.

En tal escenario, las disposiciones aludidas en el párrafo anterior no pueden aplicarse de manera retroactiva, esto es, antes del 9 de enero de 2007, fecha de expedición de la Ley 1122, como lo pretende el ente demandado con la expedición de las resoluciones acusadas.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los **demandantes** afirman en su alegato de conclusión que los argumentos consignados en la contestación de la demanda, bajo el rótulo “RELACIÓN GASTO – INGRESO EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO”, buscan desviar el curso de la discusión jurídica, al invocar en defensa de las decisiones acusadas, la supuesta suficiencia de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) para cubrir el costo de los procedimientos, medicamentos y servicios incluidos en el POS

durante los años 2002 y 2003; y la conveniencia de las políticas sociales del Estado en materia de salud.

Al mismo tiempo, insisten en afirmar que los actos demandados se encuentran falsamente motivados, fueron a lo cual se suma el hecho de haber sido expedidos con desviación de poder y sin competencia, incurriendo la administración en una infracción a las normas constitucionales y legales en que debían fundarse y en el desconocimiento del principio de legalidad.

Reiteraron además que los actos acusados impusieron cargas extralegales a las EPS, ARS y EOC, dando lugar a un desequilibrio financiero que amenaza la viabilidad económica del sistema.

Aparte de ello, hacen notar los memorialistas que en la contestación de la demanda, el Ministerio se limitó a afirmar que sí era competente para proferir los actos acusados, pero sin aportar las pruebas que así lo demuestren.

En suma, los actos acusados, en cuanto reglamentan los Comités Técnico Científicos y definen el alcance de la expresión "*hechos de naturaleza asistencial*" y fijan cargas adicionales a las EPS, ARS y EOC, como principales agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, son contrarios al ordenamiento jurídico por haber sido proferidos sin tener competencia para ello.

Finalmente, los memorialistas pusieron en evidencia que de conformidad con la certificación expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, obrante a folio 346 del expediente, el Ministerio de la Protección Social dictó la Resolución 2933 de 2006, omitiendo el cumplimiento del requisito de que trata el ordinal 2º artículo 1º de la Ley 962 de 2005, aún a pesar de que sus normas reglamentan un procedimiento administrativo que ha debido ser sometido previamente a la aprobación de ese acto administrativo.

El apoderado del **MINISTERIO DE LA PROTECCION Social** guardó silencio.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de referirse a que los actos demandados tienen como común denominador el hecho de reglamentar tanto los Comités Técnico Científicos, como el procedimiento para la autorización del suministro de medicamentos no cubiertos por el POS y el trámite de recobro ante el FOSYGA, el Agente del Ministerio Público manifestó que la Sala debe declarar parcialmente probada la excepción de cosa juzgada frente a aquellas normas que ya han sido objeto de juzgamiento por parte de la Sala y acceder, también de manera parcial, a las pretensiones de la demanda, anulando aquellas disposiciones que pretenden limitar el monto del recobro ante el FOSYGA. Con tal finalidad, el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, trae a colación algunos apartes de las siguientes providencias, a efectos de que sean tenidas en cuenta por la Sala al momento de dictar sentencia: Las providencias en mención son las siguientes:

- Sentencia del 18 de junio de 2009, Exp. N° 11001-03-24-000-2004-00410-01, M. P. Dra. : MARTHA SOFIA SANZ TOBON, que denegó la nulidad del 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*
- Sentencia del 4 de septiembre de 2008, M.P. Exp. N° 11001-03-24-000-2003-00327-01, M.P. Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, que declaró nulos los literales a y b del Artículo 3º de la Resolución 02312 de 1998.
- Sentencia del 18 de junio de 2009, M.P. Exp. N° 11001 0325000 2004 00139 01 y 11001 0325000 2004 00175 01 (Acumulados), M.P. Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, que declaró la nulidad parcial del literal b) del artículo 11º de la Resolución 002948 de 3 de octubre de 2003.

En todo caso y con respecto a la incompetencia del Ministro de Protección Social para expedir las normas acusadas, el agente del Ministerio Público sostuvo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 173, numeral 3º de la Ley 100 de 1993, el titular de esa cartera ministerial es competente para expedir actos administrativos que regulen aspectos de orden científico y tecnológico para la organización y prestación de los servicios de salud, y para dictar normas

administrativas que regulen la gestión de los recursos financieros del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS.

VI.- DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- Los actos demandados

Los actos cuya nulidad se demanda en este proceso, son las Resoluciones números 2933 de 2006, 3615 de 2005, 2366 de 2005, 3797 de 2004, 2498 de 2003, 2949 de 2003, 2312 de 1998 y 5061 de 1997, las cuales fueron proferidas por el Ministro de la Protección Social (antes de Salud), invocando sus facultades legales y, en especial, las conferidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993,¹ mediante las cuales se reglamentan tanto los Comités Técnico Científicos, como el procedimiento para la autorización del suministro de medicamentos y la prestación de servicios médico-asistenciales cubiertos o no por el POS y el trámite de recobro ante el FOSYGA.

Teniendo en cuenta su extensión, la Sala se limitará solamente a describir muy someramente su contenido, en los siguientes términos

- **Resolución 2933 de 2006 (agosto 15) *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.*** (Ver folios 4 a 21 del expediente)

Capítulo I

De los Comités Técnico-Científicos

- Artículo 1º.** Integración de los Comités Técnico-Científicos.
- Artículo 2º.** Requisitos de los miembros del Comité.
- Artículo 3º.** Elección de los representantes.
- Artículo 4º.** Funciones.
- Artículo 5º.** Reuniones.
- Artículo 6º.** Criterios para la autorización.

¹ En la Resolución 2933 de 2006 se invoca además el Decreto 2496 de 2006, y en la Resolución 3615 de 2005 el Decreto 3635 de 2005

Artículo 7º. Procedimiento para la autorización.

Artículo 8º. Excepciones.

Capítulo II

Procedimiento para efectuar recobros al Fosyga por concepto de medicamentos no incluidos en el POS y fallos de tutela

Artículo 9º. Requisitos generales para la presentación de las solicitudes de recobro.

Artículo 10. Requisitos especiales de la solicitud de recobros por medicamentos no incluidos en el POS y autorizados por el Comité Técnico-Científico.

Artículo 11. Requisitos especiales de la solicitud de recobros originados en fallos de tutela. recobros, la calidad y nitidez de los documentos de soporte.

Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro.

Artículo 13. Término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes de recobro

Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro.

Artículo 15. Causales de rechazo de las solicitudes de recobro.

Artículo 16. Causales de devolución de las solicitudes de recobro.

Artículo 17. Causales de aprobación condicionada de las solicitudes de recobro.

Artículo 18. Pagos de solicitudes de recobro por un valor diferente al solicitado.

Artículo 19. Comunicación a las entidades recobrantes.

Artículo 20. Envío de la comunicación.

Artículo 21. Objeción de la entidad recobrante.

Artículo 22. Oportunidad para sustentar la objeción..

Artículo 23. Respuesta a la objeción presentada por la entidad recobrante.

Artículo 24. Pago de fallos de tutela en los cuales se autoriza el recobro a la Nación o al Ministerio de la Protección Social.

Artículo 25. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos.

Artículo 26. Monto a reconocer y pagar por recobro de actividades, procedimientos, intervenciones o elementos ordenados en fallos de tutela.

Artículo 27. Mecanismos para efectuar el pago de las solicitudes de recobro.

Artículo 28. Control, seguimiento y auditoría.

Artículo 29. Utilización de formatos de las solicitudes de recobro.

Artículo 30. Consecuencias de no diligenciar completamente de los formatos

Artículo 31. Vigencia.

Forman parte de la Resolución los formatos para la radicación de las solicitudes de recobro y las correspondientes instrucciones.

- **Resolución 3615 de 2005 (octubre 14) *Por la cual se adoptan los formatos para la presentación de las solicitudes 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.*** (Ver folios 40 a 53 del expediente)

Artículo 1º. Adopción de los formatos e instructivos para las solicitudes de recobro por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el POS, y de fallos de tutela ante el FOSYGA

Artículo 2º. Término para la radicación de los recobros ante el Administrador Fiduciario.

Artículo 3º. Obligatoriedad del diligenciamiento completo de los formatos y anexos de las solicitudes de recobro.

Artículo 4°. Vigencia y derogatorias.

- **Resolución 2366 de 2005, por la cual se modifica parcialmente la Resolución 3797 de 2004.** (Ver folio 58 del expediente)

Artículo 1°. Modificadorio del art. 16 de la Res. 3797 de 2004, en cuanto se refiere a las causales de aprobación condicionada de las solicitudes de recobro.

Artículo 2°. Modificadorio del artículo 17 de la Resolución 3797 de 2004, en lo que concierne al pago de recobros por un valor diferente al solicitado.

Artículo 3°. Vigencia y derogatorias.

- **Resolución 3797 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.** (Ver folios 63 a 68 del expediente)

Capítulo I

De los Comités Técnico-Científicos

Artículo 1°. Integración de los Comités Técnico-Científicos.

Artículo 2°. Requisitos de los miembros del Comité.

Artículo 3°. Elección de los representantes.

Artículo 4°. Funciones.

Artículo 5°. Reuniones.

Artículo 6°. Criterios para la autorización

Artículo 7°. Procedimiento para la autorización.

Artículo 8°. Excepciones.

Capítulo II

Procedimiento para efectuar recobros al Fosyga por concepto de medicamentos no incluidos en el POS y fallos de tutela

Artículo 9°. Requisitos generales para la presentación de las solicitudes de recobro.

Artículo 10. Requisitos especiales para el recobro por medicamentos no incluidos en el POS y autorizados por el Comité Técnico-Científico.

Artículo 11. Requisitos especiales de la solicitud de recobros originados en fallos de tutela.

Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro.

Artículo 13. Término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes de recobro.

Artículo 14. Causales de rechazo de las solicitudes de recobro.

Artículo 15. Causales de devolución de las solicitudes de recobro.

Artículo 16. Causales de aprobación condicionada de las solicitudes de recobro.

Artículo 17. Pagos de solicitudes de recobro por un valor diferente al solicitado.

Artículo 18. Pago de fallos de tutela en los cuales se autoriza el recobro a la Nación o al Ministerio de la Protección Social.

Artículo 19. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos.

Artículo 20. Monto a reconocer y pagar por recobro de actividades, procedimientos, intervenciones o elementos.

Artículo 21. Mecanismos para efectuar el pago de las solicitudes de recobro.

Artículo 22. Control, seguimiento y auditoría.

Artículo 23. Utilización de formatos de las solicitudes de recobro.

Artículo 24. Transitorio.

Artículo 25. Vigencia.

- **Resolución 2949 DE 2003 (Marzo 10) *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.*** (Ver folios 87 a 89 del expediente)
Artículo 1º. Procedimiento y documentos para la presentación del recobro.
Artículo 2º. Monto a reconocer y pagar por recobros originados en fallos de tutela.
Artículo 3º. Término para el recobro.
Artículo 4º. Vigencia.

- **Resolución 2948 de 2003 (octubre 3) *Por la cual se subrogan las Resoluciones 05061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras disposiciones para la autorización y el recobro ante el Fosyga de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico.*** (Ver folios 85 a 87 del expediente)
Artículo 1º. De los Comités Técnico Científicos.
Artículo 2º. Requisitos de los miembros del Comité.
Artículo 3º. Elección de los representantes.
Artículo 4º. Funciones.
Artículo 5º. Reuniones.
Artículo 6º. Criterios para la autorización.
Artículo 7º. Procedimiento para la autorización.
Artículo 8º. Excepciones.
Artículo 9º. Procedimiento para la presentación del recobro.
Artículo 10. Soportes generales para la presentación de cuentas de cobro.
Artículo 11. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos.
Artículo 12. Términos para el recobro. }
Artículo 13. Auditoría.
Artículo 14. Vigencia.

- - **Resolución 2312 de 1998 (junio 12) *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.*** (Ver folios 104 a 105 del expediente)
Artículo 1º. Sobre la integración de los Comités en cada departamento y distrito
Artículo 2º. Procedimiento y documentos para la presentación del recobro.
Artículo 3º. Monto del recobro de medicamentos
Artículo 4º. Obligación de las EPS, ARS y entidades adaptadas de diseñar un programa de auditoría.
Artículo 5º. Vigencia.

- **Resolución 5061 de 1997 (Diciembre 23) *Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos dentro de las Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y se dictan otras disposiciones.*** (Ver folios 110 a 111 del expediente)
Artículo 1º. Integración de los Comités Técnico-Científicos.
Artículo 2º. Funciones.
Artículo 3º. Reuniones.
Artículo 4º. Criterios para la autorización
Artículo 5º. Elección de los representantes.

Artículo 6º. Procedimiento para la autorización.

Artículo 7º. Excepciones.

Artículo 8º. Vigencia

Como se puede observar, las Resoluciones demandadas son coincidentes al reglamentar la composición de los Comités Técnico-Científicos, la elección y requisitos que deben reunir sus miembros, las reuniones y funciones de los Comités, los criterios, procedimiento y excepciones para la autorización de medicamentos y servicios médico-asistenciales, el procedimiento, requisitos, y términos para adelantar los trámites de recobro ante el Fosyga y la obligación de las EPS, ARS y EOC de diseñar un programa de auditoria.

En lo que concierne al monto de los recobros por concepto de medicamentos incluidos o no en el POS, con o sin homólogo en el listado de medicamentos aprobado por el CNSSS, y por concepto de actividades, procedimientos, intervenciones o elementos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, autorizados por los Comités Técnico Científicos de las EPS, ARS y EOC u ordenados por fallos de tutela; las Resoluciones demandadas establecen las siguientes reglas relativas a la determinación del monto de los mismos.

En primer lugar, se dispone que el monto a reconocer y pagar por concepto del recobro de medicamentos, deberá determinarse a partir del precio de compra al proveedor, debidamente soportado con las respectivas facturas de venta.

En segundo lugar, se señalan los parámetros a tener en cuenta para calcular el monto de los recobros y se ordena descontar de las sumas resultantes el valor de la cuota moderadora o copago que las EPS, EOC o ARS hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y Copagos, excluyendo el reconocimiento de variaciones posteriores del precio del medicamento, así como los ajustes por inflación o cambio de anualidad.

De manera resumida, los supuestos previstos en los actos demandados son los siguientes:

1.- Recobro de medicamentos no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico, con homólogo en el listado de medicamentos: [Res. 2933 de 2006, art. 25 literal a); Res. 3797 de 2004,

art. 19 literal a); Res. 2948 de 2003, art. 11, literal a); Res. 2312 de 1998, art. 3^o.]

En las Resoluciones precitadas se dispone que el valor a reconocer y pagar será la diferencia que resulte entre el valor facturado del medicamento suministrado y el valor calculado para los medicamentos incluidos en el POS del mismo grupo terapéutico que se reemplazan o sustituyen.

2.- Recobro de medicamentos no incluidos en el POS ordenados por fallos de tutela, con homólogo en el listado de medicamentos: [Res. 2949 de 2003, art. 2º, núm. 2.1, literal a).]

Según se establece en dicha disposición, el valor a reconocer y pagar en estos eventos será el resultante de restar al valor de la cantidad del medicamento, el valor de la cantidad del medicamento homólogo listado que en su defecto se suministraría, teniendo en cuenta el valor certificado en el listado de precios del proveedor o el listado avalado por el Ministerio de la Protección Social.

3.- Recobro de medicamentos no incluidos en el POS autorizados por Comité Técnico-Científico, sin homólogo en el listado de medicamentos. [Res. 3797 de 2004, art. 19 literal b).]

El valor a reconocer y pagar será el que corresponda a la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico-Científico u ordenado en el fallo de tutela, según la factura de venta del proveedor.

4.- Recobro de medicamentos no incluidos en el POS ordenados por fallos de tutela, sin homólogo en el listado de medicamentos. [Res. 2949 de 2003, art. 2º, núm. 2.1, literal b);³]

El valor a reconocer y pagar por este concepto por parte del FOSYGA, será equivalente al 50% del valor de la cantidad del medicamento suministrado según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto. La Sala, como ya se mencionó, mediante Sentencia del 18 de junio de 2009, Exp. N° 11001-03-24-000-2004-00340-01,

² Cuyos numerales 3 y 4 fueron declarados parcialmente nulos por la Sala, mediante Sentencia de 4 de septiembre de 2008, Expediente No. 2003-00327-01, Consejero Ponente Dr. Camilo Arciniegas Andrade

³ Declarado parcialmente nulo por la Sala mediante Sentencia del 18 de junio de 2009, Expediente Proceso 11001-03-24-000-2005-00112-01, M. P. Dra. María Claudia Rojas Lasso. Además de ello la Sentencia dictada el 18 de junio de 2009, Expediente N°. 2004-00139-01, Consejero Ponente Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, declaró la nulidad parcial del artículo 11 literal b) del Decreto 2948 de 2003, en donde se establecían límites al monto de los recobros por este concepto.

Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, denegó la nulidad del artículo 2º, literal b), inciso 1º, de la Resolución 2949 de 3 de octubre de 2003 y anuló, por las razones allí mencionadas, el inciso final del mismo precepto, en cuanto consagraba la posibilidad de reconocer de manera excepcional el reconocimiento pleno del valor del medicamento.

5.- Recobro de procedimientos, intervenciones y medicamentos incluidos en el POS ordenados por fallos de tutela para afiliados del régimen contributivo que no han cumplido con los periodos mínimos de afiliación. [Res. 2933 de 2006, art. 25 literal b) y Res. 2949 de 2003, art. 2º, núm. 2.2.]

En estos eventos, el valor a reconocer y pagar será el porcentaje equivalente a las semanas faltantes para cumplir el total de las semanas requeridas según sea el caso (52 ó 100 semanas). Este porcentaje se aplicará al valor facturado por el proveedor sobre los conceptos enunciados en el presente numeral, incluyendo las pruebas diagnósticas que se requieran dentro de la atención o para el seguimiento del tratamiento postoperatorio intrahospitalario del evento, complicaciones relacionadas exclusivamente con el evento, excluyendo de este pago las pruebas dirigidas a definir el diagnóstico y la atención inicial de urgencias.

6.- Recobro de actividades y procedimientos no incluidos en los planes obligatorios de salud. [Res. 2949 de 2003, art. 2º, núm. 2.3]

Se liquidará sobre el valor total facturado por el proveedor, incluyendo las pruebas diagnósticas que se requieran dentro de la atención o para el seguimiento del tratamiento postoperatorio intrahospitalario del evento, complicaciones relacionadas exclusivamente con el evento, excluyendo de este pago las pruebas dirigidas a definir el diagnóstico y la atención inicial de urgencias.

2.- Precisiones iniciales

Antes de abordar el estudio de los cargos planteados en la demanda, resulta oportuno señalar, en primer término, que el hecho de que en este proceso se esté demandando la nulidad de la Resolución 2933 de 2006, expedida por el Ministerio de la Protección Social y junto con ella, la de las demás resoluciones que constituyen sus antecedentes normativos (*las Resoluciones 3615 de 2005, 2366 de 2005, 3797 de 2004, 2949 de 2004, 2848 de 2004, 3212 de 1998 y 5061 de 1997*), dicha circunstancia no enerva la posibilidad de que la Sala entre a pronunciarse de fondo sobre su conformidad con el ordenamiento jurídico

superior, pues así hayan sido subrogadas o derogadas de manera expresa por actos posteriores, es claro que durante su vigencia produjeron efectos jurídicos y por tal razón no es dable invocar la sustracción de materia.

Se impone además hacer las siguientes precisiones previas con respecto a la presunta violación de las leyes 1122 de 2007 y 962 de 2005, a las cuales hicieron referencia la Asociación coadyuvante en su intervención y el actor en su alegato de conclusión, respectivamente:

Frente a la norma legal que la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL – ACEMI – señala como violada, la Sala observa que ese cuestionamiento no puede ser objeto de consideración en esta providencia, toda vez que la Ley 1122 del 9 de enero de 2007 no fue mencionada por el actor dentro de las normas que considera trasgredidas. Sobre el particular, ha de tenerse en cuenta que quien interviene en un proceso de nulidad como coadyuvante, no está habilitado para formular nuevos cargos, debiendo limitarse llana y simplemente a secundar, sustentar o apoyar las pretensiones de la demanda y los cargos planteados por el actor, lo cual implica que al realizar su intervención, no puede formular pretensiones propias ni cargos nuevos contra los actos acusados. Lo anterior, por cuanto la determinación de la *litis* se hace a partir de la demanda y de su eventual adición, en donde el actor, luego de individualizar los actos cuya nulidad pretende, debe mencionar las normas que resultan violadas explicando el concepto de su violación.

En ese contexto, de llegarse a permitir a los coadyuvantes la formulación de pretensiones nuevas o de cargos adicionales contra los actos administrativos cuestionados, se estaría propiciando una violación del derecho de defensa de la entidad que los profirió, la cual no cuenta con otra oportunidad procesal distinta a la del término de fijación en lista para proponer excepciones y defender la legalidad de los mismos. Lo anterior comportaría además un desconocimiento del debido proceso y del principio de Imparcialidad, y entrañaría la violación del “*Principio de Congruencia de la sentencia*” que impone a los jueces el deber de decidir la controversia propuesta en la demanda.

Predicamento similar cabe formular en este caso frente la presunta trasgresión del ordinal 2º artículo 1º de la Ley 962 de 2005, pues lo real y cierto es que dicha disposición tampoco fue mencionada en la demanda dentro del catálogo de

normas infringidas. Así las cosas, en el cotejo normativo a efectuar se considerará solamente lo dispuesto en los Artículos 121, 150 (numerales 2°, 21° y 23°), 189 (numeral 11°), 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 8° de la Ley 10ª de 1990.

La Sala observa igualmente que el cargo referido a la *“inminencia de un perjuicio irremediable”*, derivado de la expedición de los actos acusados, es de suyo extraño al proceso contencioso de simple nulidad, el cual, como es bien sabido, tiene por objeto el juzgamiento de los actos demandados frente a las disposiciones jurídicas de carácter superior que el actor haya señalado como violadas.

En tal virtud, el hecho de que con motivo de la expedición de la Resolución 2933 de 2006 pueda llegar a ocasionarse en forma inminente un perjuicio para las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS., en nada afecta su legalidad, por tratarse de situaciones de hecho inciertas, estocásticas e hipotéticas, cuya ocurrencia, de llegar a concretarse en el futuro, sería en todo caso posterior a la expedición de los actos administrativos demandados. Con fundamento en estas consideraciones y como quiera que en este tipo de litigios se juzga la legalidad de los actos administrativos en abstracto, dejando de lado aquellas situaciones de hecho de carácter particular que pudieren derivarse de su ejecución, queda en claro que el cuestionamiento en mención no puede ser objeto de análisis en este proceso.

3.- Cuestión procesal previa: configuración de la cosa juzgada.

Procede la Sala a analizar en este acápite la excepción de cosa juzgada propuesta por el Ministerio Público, frente a aquellos artículos respecto de los cuales el Consejo de Estado ya ha adoptado decisiones de fondo, con fundamento en las mismas causas y frente a las mismas disposiciones que ahora se invocan como violadas en este proceso. Con tal finalidad y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 306 del C.P.C. y 267 del C.C.A, serán objeto de consideración las sentencias invocadas por la entidad coadyuvante y por el Ministerio Público y, de manera oficiosa, otras providencias dictadas por la Sala referidas a la misma temática sobre la cual gira el debate judicial.

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.

Aparte de lo expuesto, resulta pertinente recordar que el fenómeno de la cosa juzgada se encuentra regulado en el artículo 175 del C.C.A., en la siguiente forma:

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

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

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios".

De conformidad con lo prescrito por el inciso 1° del artículo 175 del C. C. A., en tratándose de sentencias estimatorias dictadas en procesos de simple nulidad, el

fenómeno de la cosa juzgada produce efectos “*erga omnes*”, lo cual significa que la decisión judicial en firme que haya declarado la nulidad de un acto administrativo, se hace extensiva a aquellos procesos en los cuales el acto demandado sea exactamente el mismo, independientemente de cuál sea la causa invocada para sustentar la nulidad deprecada.

En tratándose del alcance de la cosa juzgada respecto de fallos desestimatorios proferidos en procesos contenciosos de nulidad, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

“...De acuerdo con esta disposición [Art. 175 C.C.A.], si la decisión jurisdiccional es negativa, es decir si el acto demandado continúa vigente, la cosa juzgada se predica, únicamente de las causales de nulidad alegadas y del contenido del petitum que no prosperó. En consecuencia la norma puede ser demandada por otra causa y puede prosperar la pretensión, lo que quiere decir, que en tales aspectos la sentencia es inmutable, y por tanto, debe estarse a lo resuelto en la misma.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que se configure la cosa juzgada es menester que haya identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de partes.

El objeto de la demanda es la pretensión y la causa es el fundamento del derecho que se ejerce. El último requisito, identidad jurídica de las partes no es aplicable en procesos de nulidad, por los efectos *erga omnes* que le otorga el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo a las sentencias que la declaran y los efectos *erga omnes* en cuanto a la causa petendi en las que la niegan. En otras palabras, implica que son oponibles a cualquier demandante que pretende, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, ya que en éstos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino todo lo contrario, en interés del orden jurídico.”⁴

Al amparo de los anteriores parámetros y a efectos de poder determinar si en el caso *sub examine* se configura o no el fenómeno de la cosa juzgada, resulta indispensable examinar si el objeto y la causa de la demanda incoada por ciudadanos DIEGO MUÑOZ TAMAYO y HUGO ADOLFO HURTADO BEJARANO coinciden total o parcialmente con aquellos objetos y causas que fueron objeto de juzgamiento en los procesos que se mencionan a continuación, a fin de determinar si la excepción invocada por el Ministerio Público tiene o no vocación de prosperidad:

⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Sentencia del 22 de abril de 2004. Expediente 2500232700020001034-01 (13274). Actor: Manuel Jesús Rincón González. Demandado: Departamento de Cundinamarca. C.P.: Dr. Germán Ayala Mantilla.

- **Sentencia del 18 de junio de 2009, que denegó la nulidad del artículo 1º, literal f) y literal a) de la Resolución 2949 de 2003 (Proceso 11001-03-24-000-2004-00410-01, M. P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón)**

En este proceso los demandantes señalaron como violados 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.

En el proceso aquí referenciado, se controvertió el hecho de que los preceptos acusados hubiesen dispuesto que para poder hacer efectivos los recobros ante el FOSYGA, las EPS del Régimen Contributivo y Subsidiado, y las Entidades Obligadas a Compensar, EOC, debían allegar la primera copia del fallo de tutela con la respectiva constancia de ejecutoria y el certificado de su existencia y representación legal con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días a la fecha de radicación de la solicitud de recobro. Dentro de los fundamentos de la demanda se aduce que el Ministro del ramo no podía establecer este tipo de requisitos, no solo por desconocer la presunción de buena fe sino fundamentalmente por contrariar la normatividad vigente en materia de simplificación de los trámites administrativos, a lo cual se agrega la circunstancia de no haber sido previstos por el legislador.

En razón de lo anterior, la Sala considera que si bien en este caso se pretende la nulidad total de la Resolución 2949 de 2003, no resulta posible predicar que la causa que dio lugar a la discusión jurídica planteada en el proceso de la referencia y que fue resuelta por la Sala mediante la providencia del 18 de junio de 2009, haya sido la misma a la del presente proceso y, en consecuencia, no resulta pertinente declarar la ocurrencia de la cosa juzgada.

- **Sentencia del 4 de septiembre de 2008, que declaró nulos los literales a y b del Artículo 3º de la Resolución 2312 de 1998. (Proceso 11001-03-24-000-2003-00327-01, M. P. Dr. Camilo Arciniégas Andrade)**

Tras señalar como violados los artículos 48 y 121 de la Constitución Política, 156, 172, 204 y 218 de la Ley 100 de 1993, el actor procedió a controvertir el hecho de que el Ministro de Protección Social, obrando al margen de sus competencias y usurpando las que tiene asignadas el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS –, haya limitado en un 50% el valor de los recobros, afectando el equilibrio financiero de las EPS, ARP y entidades adoptadas.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que en la demanda se solicita la declaratoria de nulidad total de la Resolución 2312 de 1998, trayendo a colación argumentos similares a los expuestos en el párrafo anterior, la Sala estima que en este caso sí se presenta una identidad parcial tanto en el objeto como en la causa de las demandas, en lo que tiene que ver con la legalidad del Artículo 3° literales a) y b) de la precitada Resolución, debiendo declararse en consecuencia la cosa juzgada parcial con respecto a lo previsto en los precitados literales.

- **Sentencia del 18 de junio de 2009, que declaró la nulidad parcial del literal b) del artículo 11° de la Resolución 2948 de 2003. (Procesos 11001 0325000 2004 00139 01 y 11001 0325000 2004 00175 01 (Acumulados), M. P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta)**

Según lo afirmó el actor en su demanda el acto acusado es violatorio de los artículos 13, 48 y 121 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 172 y 218 de la Ley 100 de 1993; el artículo 6° del Decreto 1283 de 1996; y los artículos 2° y 8° del Acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social, estructurando su inconformidad en el hecho de que el Ministro de la Protección Social haya desbordado el límite de sus competencias funcionales al limitar en un 50% el valor de los recobros por el suministro de medicamentos no incluidos en el POS y sin homólogo en el listado de medicamentos, ordenado por los Comités Técnico Científicos. Al propio tiempo, indicó el demandante que dicha restricción propicia un desequilibrio financiero en las entidades que forman parte del sistema, por cuanto el valor de tales medicamentos no es considerado al momento de determinar el valor de las Unidades de Pago por Capitación.

En vista de lo anterior y siendo coincidentes tales cargos con los que ahora se formulan en este proceso, se impone declarar la prosperidad de la excepción de cosa juzgada frente al artículo 11° literal b) de la Resolución 2948 de 2003.

- **Sentencia del 18 de junio de 2009, que denegó la nulidad del artículo 2°, literal b) inciso 1°, de la Resolución 2949 de 2003 y declaró la nulidad del literal b) inciso final del mismo artículo. (Proceso 11001-03-24-000-2004-00340-01 (M. P. Dr. Marco Antonio Vellilla Moreno)**

En este proceso el actor señaló como violados los artículos 13, 48 y 121 de la Constitución Política y los artículos 172 y 218 de la Ley 100 de 1993

La controversia alrededor de la cual giró este proceso, está relacionada con el hecho de que el acto demandado haya limitado el monto del recobro por el

suministro de medicamentos no incluidos en el POS, con o sin homólogo en el mismo, ordenados por fallos de tutela.

Según se argumenta en esta providencia, en aquellos casos en los cuales los medicamentos tienen homólogo en el POS, se parte del presupuesto de que su valor fue tenido en cuenta el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación UPC. En ese orden de ideas, en caso de existir excedentes se debe reconocer a las EPS el valor de los mismos en aras de restablecer la ecuación económica contractual. Bajo esa misma lógica, en tratándose de medicamentos sin homólogo en el POS, debe reconocerse el 100% de su valor por no encontrarse financiado en las UPC.

En consonancia con la decisión adoptada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 463 de 2008, con ponencia del H. Magistrado Jaime Araujo Rentería, la Sala concluyó que la limitación en el monto de los recobros se encuentra plenamente justificada cuando las EPS no estudian oportunamente los requerimientos del médico tratante respecto de servicios excluidos del POS y son obligadas a su prestación en virtud de una sentencia de tutela. Se trata de una consecuencia jurídica adversa que opera cuando los usuarios, apoyándose en las prescripciones del médico tratante, se ven obligados a acudir a ese procedimiento en defensa de sus derechos fundamentales, por lo cual es lógico que en tales eventos el valor del reconocimiento no sea pleno, debiendo cubrirse los costos de la prestación por partes iguales entre las EPS y el FOSYGA. Por lo expuesto, la Sala denegó la nulidad del artículo 2º, literal b), inciso 1º, de la Resolución 002949 de 2003.

A partir de las consideraciones precedentes, la Sala decretó la nulidad del literal b) inciso final del mismo artículo, en cuanto dispuso, a manera de excepción, el reconocimiento y pago del valor total de los medicamentos no incluidos en el POS ordenados por fallos de tutela, en aquellos casos en los cuales la EPS o EOC demuestre mediante acta fechada con anterioridad a la fecha del fallo que su Comité Técnico Científico tramitó en debida forma la solicitud del medicamento, pero que fue negado por pertinencia demostrada o por no cumplir con los criterios de autorización.

Como quiera que la demanda presentada por los ciudadanos DIEGO MUÑOZ TAMAYO y HUGO ADOLFO HURTADO BEJARANO pretende obtener la nulidad total de la Resolución 2949 de 2003, se concluye que en este caso se presenta una

identidad parcial en el objeto, en lo que tiene que ver con el artículo 2º, literal b), incisos 1º y final, de la precitada Resolución, que de acuerdo con lo previsto en el inciso 1º del Artículo 175 del C.C.A., da lugar a que se configure el fenómeno de la cosa juzgada.

- **Sentencia del 8 de julio de 2010, que declaró la nulidad de la expresión "50% del", contenida en el literal b) del artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004. (Proceso 11001-03-24-000-2005-00112-01, M. P. Dra. María Claudia Rojas Lasso)**

En el proceso mencionado en el epígrafe, el actor señaló como violados los artículos 48 y 49 de la Constitución Política; los artículos 153, 178 y 182 de la Ley 100 de 1993; el artículo 8 del Decreto 806 de 1998; y el Acuerdo 83 de 1997 del CNSSS.

En dicho asunto, tanto la actora como el tercero interviniente reclamaron el derecho al recobro por el 100% de lo pagado por medicamentos no incluidos en el POS, para evitar un desequilibrio financiero. Como quiera que la Resolución 3797 de 2004 recoge las mismas disposiciones que fueron objeto de juzgamiento en las sentencias dictadas en los procesos radicados bajo los números 11001-03-24-000-2003-00327-01, 11001-03-25-000-2004-00139-01 y 11001-03-24-000-2004-00340-01, la Sala decidió reiterar los argumentos en ellas contenidos y a los cuales se hizo alusión *ut supra*, anulando la limitación establecida en el artículo 19 literal b) de dicha Resolución. En este caso, como en los anteriores, se controvertió igualmente el cargo referido a la incompetencia del Ministro para regular esa materia en particular. En razón de lo anterior, la Sala considera que en este caso también está llamada a prosperar parcialmente la excepción de cosa, en lo que tiene que ver con el precitado artículo.

Recapitulando lo afirmado hasta aquí y teniendo en cuenta que en este proceso se pretende no solo la nulidad de la Resolución 2933 de 2006 sino también la de las Resoluciones 3615 de 2005, 2366 de 2005, 3797 de 2004, 2498 de 2003, 2949 de 2003, 2312 de 1998 y 5061 de 1997, la Sala, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 175 del CCA., concluye que la excepción de cosa juzgada no está llamada a prosperar con respecto a la Sentencia del 18 de junio de 2009 (Exp. 2004-00410), que denegó la nulidad del artículo 1º, literal f) y literal a) de la Resolución 2949 de 2003, pues aunque existe identidad parcial en el objeto, no existe identidad en la causa.

Por el contrario frente a los fallos estimatorios proferidos dentro de los expedientes 2003-00327-01, 2004-00175-01, 2004-00139-01, 2004-00340-01 y 2005-00112-01 que declararon nulos, en ese mismo orden, los literales a) y b) del Artículo 3° de la Resolución 2312 de 1998; 11° literal b) de la Resolución 2948 de 2003, 2° literal b) inciso final de la Resolución 2949 de 2003 y 19 literal b) de la Resolución 3797 de 2004, la Sala considera que se configura la cosa juzgada, en virtud de los efectos *erga omnes* que se derivan de tales determinaciones.

Con respecto al artículo 2°, literal b) inciso 1° de la Resolución 2949 de 2003, cuya declaratoria de nulidad fue denegada por la Sentencia del 18 de junio de 2009, antes mencionada, la Sala considera que opera igualmente la cosa juzgada, toda vez que la *causa petendi* invocada en ese proceso es de suyo coincidente con la que fue planteada por los actores en este proceso, de tal suerte que ha de darse aplicación al artículo 175 del CCA.

No sobra añadir a lo anterior, que mientras en este proceso se señalaron como violados los artículos 121, 150 (numerales 2°, 21° y 23°), 189 (numeral 11°), 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 8° de la Ley 10ª de 1990, en los procesos que se mencionan enseguida las normas que se identificaron como violadas son las siguientes:

2004-00410-01	2003-00327-01	2004-00139-01	2004-00340-01	2005-00112-01
Normas Violadas: Arts. 4°, 83, 84 y 86 de la Constitución; 1°, 13 y 16 del Dec. Ley 2150 de 1995; 2° y 3° del C.C.A.; y 25-15 y 27 de la Ley 80 de 1993	Normas violadas: Arts. 48 y 121 de la Constitución; 156, 172, 204 y 218 de la Ley 100 de 1993.	Normas violadas: Arts. 13, 48 y 121 de la Constitución; 172 y 218 de la Ley 100 de 1993; 6° del Dec. 1283 de 1996; y 2° y 8° del Acuerdo 228 de 2002 expedido por el CNSSS	Normas violadas: Arts. 13, 48 y 121 de la Constitución Política y los artículos 172 y 218 de la Ley 100 de 1993	Normas violadas: Arts. 48 y 49 de la Constitución; 153, 178 y 182 de la Ley 100 de 1993; el artículo 8 del Decreto 806 de 1998; y el Acuerdo 83 de 1997 y 228 de 2002 del CNSSS.

Se infiere entonces que el fenómeno de la cosa juzgada que se predica de las decisiones adoptadas en los expedientes identificados bajo los números de

radicación 2003-00327-01, 2004-00139-01, 2004-00340-01 y 2005-00112-01, opera solamente con respecto a las normas cuya nulidad se decretó en cada caso y en relación con las disposiciones que en tales procesos se mencionaron como trasgredidas.⁵

En ese sentido y de conformidad con las consideraciones precedentes, el examen de legalidad deberá tener en cuenta que la excepción de cosa juzgada está llamada a prosperar respecto de las siguientes disposiciones: el artículo 3° literales a) y b) de la Resolución 2312 de 1998; el artículo 11° literal b) de la Resolución 2948 de 2003, el artículo 2° literal b) incisos primero y último de la Resolución 2949 de 2003 y el artículo 19 literal b) de la Resolución 3797 de 2004.

4.- Análisis de los cargos

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.

Antes de hacer referencia a los cargos planteados por la parte actora y con el objeto de contextualizar la discusión, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, coexisten en el Sistema de Seguridad Social en Salud dos regímenes claramente diferenciados: uno de carácter contributivo y otro de carácter subsidiado.

El Régimen Contributivo se encuentra integrado por un conjunto de normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para todas aquellas personas que se encuentren vinculadas laboralmente a través de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria y para quienes ostentan la condición de pensionados y jubilados, a los que se suman los trabajadores independientes con capacidad de pago y las familias de todos los anteriores, mediando en cada caso el pago de una cotización obligatoria, individual o familiar,

⁵ Como se puede observar, las normas que se señalaron como violadas en el proceso 2004-00410-01, son diferentes de las de los demás procesos.

o un aporte económico previo, que es asumido en su totalidad por el afiliado o en concurrencia con su empleador (Ley 100 de 1993, Artículos 157 y 202).

El **Régimen Subsidiado**, por su parte, se encuentra conformado por un conjunto de normas que rigen la vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de todas aquellas personas pobres y vulnerables, incluyendo a los miembros de su respectivo grupo familiar, siempre y cuando no tengan capacidad de cotizar o esta sea limitada. En su caso, el valor de la cotización se cubre total o parcialmente con recursos de carácter fiscal o con fondos destinados a la solidaridad (*artículos 211 y 214 de la Ley 100 de 1993*), lo cual se explica por la necesidad de financiar o subvencionar la atención en salud de los sectores menos favorecidos de nuestra población (*artículos 257, 212 y 213 de la ley 100/93*).

A cada uno de esos regímenes le corresponde un plan de beneficios (*léase procedimientos médicos, quirúrgicos y terapéuticos y el suministro de medicamentos*), denominado **Plan Obligatorio de Salud –POS-** en tratándose del régimen contributivo y **Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S-** en tratándose del régimen subsidiado.

El **Plan Obligatorio de Salud –POS-**, especifica el conjunto básico de beneficios a que tienen derecho los afiliados al Régimen Contributivo y sus beneficiarios, el cual busca garantizar la protección integral en los casos de enfermedad general y maternidad, en las fases de promoción y fomento de la salud, y asegurar la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS-, (*hoy Comisión Reguladora en Salud*), de acuerdo con la competencia atribuida por el artículo 172 de la Ley 100 de 1993. Se trata de un plan de beneficios limitados que cubre ciertas patologías, cuya atención reviste, a juicio del CNSSS un carácter prioritario. Las restricciones antes apuntadas se explican por la necesidad de garantizar la viabilidad y la continuidad del Sistema, preservando la estabilidad económica del mismos y de los agentes prestadores de tales servicios.

Para asegurar financiamiento de dichos beneficios, el Sistema reconoce a las Entidades Promotoras de Salud –EPS- la denominada **Unidad de Pago por Capitalización –UPC-**, que es una prima de aseguramiento cuyo valor es determinado por el CNSSS, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 156, 172,

182 y 185 de la Ley 100 de 1993, tomando en cuenta precisamente el costo de los beneficios. Como complemento de lo anterior, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 contempla la figura de los **copagos** y las **cuotas moderadoras**, que constituyen medios complementarios de financiamiento del POS y cuyo recaudo es efectuado directamente por las EPS.⁶

El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, fue inicialmente regulado por el Acuerdo 008 de 1994 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (*hoy de la Protección Social*). Posteriormente, el Acuerdo 83 de 1997, modificado por los Acuerdos 106 y 110 de 1998, adoptó el listado de medicamentos esenciales cubiertos por el plan, siendo subrogados por el Acuerdo 228 de 2002, el cual, por su parte fue modificado y adicionado por los Acuerdos 226 de 2002, 282 de 2004, 263 de 2004, 289 de 2005, 302 de 2005, 313 de 2005, 350 de 2006, 368 de 2007, 380 de 2008, entre otros.

El **Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S**, a su turno, comprende igualmente una cobertura de beneficios que comparativamente es menor a la del POS del régimen contributivo.⁷ En orden a garantizar su financiamiento, la ley 100 de 1993 prevé la asignación de recursos por parte de las entidades territoriales y del FOSYGA. el manejo de los recursos, la afiliación de los beneficiarios, la prestación directa o indirecta de los servicios de salud y el suministro de los medicamentos que forman parte del POS-S, corresponde a las direcciones distritales, municipales y departamentales de salud. Con cargo a los recursos antes mencionados se reconoce a las ARS, por cada uno de sus afiliados, la denominada **Unidad de Pago por Capitación Subsidiada UPS-S**.

⁶ De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 30 de 1996, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el "**Copago**", es el aporte de dinero que hace el usuario al utilizar los servicios salud y que equivale a una parte de su valor total definido en las tarifas para el sector público, con cuyo pago se busca contribuir a la financiación del sistema de seguridad social en salud. La "**Cuota Moderadora**", es el aporte en dinero que hace el usuario al momento de utilizar el servicio y que representa una parte de su valor total definido en las tarifas para el servicio público y cuya finalidad es la de regular la utilización y estimular el buen servicio, promover en el paciente el seguimiento de sus actividades, intervenciones y procedimientos descritos en la guía de atención que lo conduzcan a mantenerse en condiciones saludables, a recuperar efectivamente su salud y a disminuir o minimizar sus consecuencias. Con tales ingresos se pretende garantizar la estabilidad financiera del Sistema y dar cumplimiento a los principios de universalidad y eficacia en la prestación del servicio de salud, sujetándose siempre a la capacidad socioeconómica de los afiliados y beneficiarios.

⁷ En el momento actual se observa la tendencia de unificar los dos sistemas, en cuando concierne a los procedimientos y medicamentos a que tienen derecho los afiliados y beneficiarios de ambos planes.

Los beneficios que forman parte del POS-S fueron definidos por primera vez mediante el Acuerdo 23 (sin fecha) del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el cual fue modificado posteriormente por los Acuerdos 49 de 1996, 72 de 1997 y 306 de 2005.

Bosquejado en esos términos el esquema relativo a la prestación de los servicios básicos de seguridad social en Salud, se colige que las EPS, como entidades que tienen la responsabilidad de organizar y prestar directa o indirecta de los servicios de salud, tal como lo establece el artículo 177 de la Ley 100 de 1973, en principio solamente están obligadas a suministrar los medicamentos y prestar los servicios que se encuentren incluidos en el POS, correspondiendo a los afiliados asumir en forma particular el costo de los tratamientos, procedimientos o medicamentos no previstos en aquél.

No obstante lo anterior, excepcionalmente se ha venido ordenando por vía de tutela o autorizando por los Comités Técnico Científicos de las EPS. ARS y EOC, el suministro de medicamentos o la prestación de otros beneficios no contemplados en el POS, por estimarse que los mismos son necesarios para garantizar el derecho a la vida y a la salud de los afiliados o beneficiarios.⁸

Paralelamente a ello, se ha venido admitiendo por parte de nuestra justicia constitucional, que en tales circunstancias, esto es, cuando las EPS, las ARS y las EOC se ven obligadas a prestar servicios o a suministrar medicamentos no previstos en el POS, surge para ellas el derecho al recobro, esto es, a repetir contra el Estado por el valor de los beneficios no cubiertos total o parcialmente por las Unidades de Pago por Capitación, por tratarse de medicamentos y servicios con o sin homólogo en el POS adoptado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS-, (*hoy Comisión Reguladora en Salud*).⁹

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en uno de los apartes de la Sentencia T-760 de 2008, expresó:

Dadas las reglas del actual Sistema de Salud, **las entidades promotoras de salud, EPS, tienen un derecho constitucional al recobro**, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de

⁸ Vid. Corte Constitucional, Sentencia T-412 del 22 de mayo de 2003, H. M. Álvaro Tafur Gálvis.

⁹ Sobre el particular se puede consultar la Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, en donde se desarrolla el tema de manera extensa.

pago por capitación (UPC). Para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil. || Actualmente, el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de medicamentos autorizados por el Comité Técnico Científico (CTC) y servicios médicos ordenados por fallos de tutela se encuentra establecido en la Resolución 2933 de 2006. Si bien con anterioridad a la expedición de esta Resolución ya existía regulación sobre recobros. || Entre los requisitos que se exigen para efectuar los recobros hay un primer grupo de documentos generales, los cuales deben aportarse una sola vez hasta que se presenten cambios en los mismos relacionados con aspectos como la existencia y representación de las entidades o el listado de precios de los proveedores. Adicionalmente, se deben presentar documentos relacionados con el caso concreto por el que se solicita el recobro, los cuales difieren si los servicios médicos suministrados fueron ordenados por el Comité Técnico Científico o por un fallo de tutela. || Cuando el recobro obedece a una decisión de tutela, la solicitud de recobro debe ir acompañada de: la primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria, factura de venta del proveedor, certificado de semanas cotizadas cuando la tutela sea por incumplimiento de períodos mínimos de cotización, copia del acta del CTC que negó el servicio, si fuera el caso y un documento que evidencie la prestación del servicio de salud al paciente. || Por su parte, cuando el recobro se origina en una autorización del Comité Técnico Científico, la solicitud de recobro debe incluir: copia del acta del comité técnico científico, copia de la factura de venta, copia de la fórmula médica, y un documento que evidencie la prestación del servicio de salud al paciente. || Como se aprecia, en ambas hipótesis el recobro está supeditado a la prestación del servicio de salud. Esto es razonable, aunque en ocasiones conduce a que el servicio de salud se demore mientras la EPS obtiene todos los documentos necesarios para solicitar el recobro, lo cual no debe suceder. *(la negrilla es ajena al texto)*

En su sentencia T-1050 de 2007, la misma Corporación, había señalado lo siguiente:

La orden de protección de derechos, en el caso propuesto, impone a las entidades administradoras del sistema de salud obligaciones que van más allá de las prestaciones que le son legalmente exigibles. Así, en aras de mantener el equilibrio financiero dentro del sistema y, de este modo, la vigencia del principio de eficacia previsto en el artículo 49 C.P., la Corte ha establecido en sus decisiones mecanismos de compensación económica, a fin que sea el Estado, a través de los recursos de solidaridad que percibe el sistema de seguridad social, asuma los costos de las prestaciones a las que en virtud de la ley, no deben cubrirse por parte de las entidades prestadoras de salud. Este mecanismo se concretiza en la facultad que el juez de tutela confiere a la entidad administradora para que repita en lo que exceda de sus obligaciones legales ante la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga del sistema general de seguridad social en salud.¹⁰ || Como lo ha definido esta Corporación, las normas legales que regulan el funcionamiento del Fosyga¹¹ permiten concluir que la finalidad de esta subcuenta es permitir el proceso de compensación interna

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-819/99

¹¹ Ley 100/93, Decretos 1283/96 y 1013/98

entre las entidades promotoras de salud, y demás entidades obligadas a compensar, EOC, con el fin de reconocer la unidad de pago por capitación y demás recursos a que tienen derecho las EPS y demás EOC para financiar la prestación de servicios de salud a todos los afiliados al régimen contributivo con sujeción a los contenidos del plan obligatorio de salud y las prestaciones económicas a que hubiere lugar, de acuerdo con lo dispuesto en la ley y sus reglamentos.¹² **|| En este orden de ideas, es claro que la posibilidad de recobro se encuentra supeditada a que las entidades obligadas a compensar estén en un escenario en el que la prestación requerida esté expresamente excluida del plan obligatorio de salud.** Esta es, precisamente, la regla estipulada por el artículo 88 del Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100/93, en el sentido que los contenidos y exclusiones del plan obligatorio de salud son los establecidos por el Acuerdo 8 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y desarrollados por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud hasta tanto dicho consejo defina nuevos contenidos y exclusiones. A su vez, el literal o) del artículo 18 de la mencionada Resolución dispone que están excluidos del POS las actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud – Mapipos. **|| Así, de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional y las normas legales que regulan el régimen de limitaciones de las prestaciones exigibles al sistema general de seguridad social en salud, la Corte concluye que la posibilidad de recobro ante la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía es una orden judicial legítima, desde la perspectiva del diseño constitucional del sistema, en tanto garantiza la eficacia del principio de eficiencia en el manejo de los recursos que lo nutren.** No obstante, la concesión de esta facultad está supeditada, en todos los casos, a que se trate de una prestación médico asistencial que esté efectivamente excluida del plan obligatorio o sometida a copagos o cuotas moderadoras cuya exigencia, en el caso concreto, se tornen en una barrera para el acceso a la atención en salud. *(la negrilla es ajena al texto)*

Como se puede apreciar, la Corte Constitucional, reitera lo que ya había expresado en providencias anteriores, en el sentido de precisar que el recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía, además de ser un derecho constitucional completamente justificado y legítimo, procede únicamente respecto del cubrimiento de las obligaciones expresamente excluidas del plan obligatorio de salud y efectivamente cumplidas mediante el suministro de medicamentos o la prestación de servicios no previstos ni financiados en el POS.

Las Resoluciones 2933 de 2006, 3615 de 2005, 2366 de 2005, 3797 de 2004, 2498 de 2003, 2949 de 2003, 2312 de 1998 y 5061 de 1997, que constituyen los actos administrativos cuya nulidad se demanda en este proceso, fueron proferidas

¹² Esta es la definición utilizada por las autoridades encargadas de administrar los recursos del Fondo. Sobre el particular, puede consultarse el Manual Operativo de la Subcuenta de Compensación y Promoción. Ministerio de la Protección Social. Septiembre de 2007.

por el Ministro de la Protección Social, con fundamento en las atribuciones conferidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, precisamente con la declarada intención de instrumentalizar el recobro ante el FOSYGA de tales beneficios no incluidos en el POS.

En líneas generales, en esos actos administrativos se reglamentan dos grandes temáticas, a saber: (1) la relativa a la organización y funcionamiento de los Comités Técnico-Científicos y (2) la referida al procedimiento y al monto de los cobros ante el FOSYGA por concepto de medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos no incluidos en el POS, autorizados por los Comités Técnico Científicos u ordenados por fallos de tutela.

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 cobros, afectando el equilibrio de las cargas económicas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)

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 8° 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.

En un Estado Unitario como el nuestro y de conformidad con lo previsto en los numerales 2° y 23° del artículo 150 de la Constitución vigente, corresponde ciertamente al Congreso de la República regular la prestación del servicio público de salud, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional, para la cumplida ejecución de la ley, en el ámbito de su competencia, ejerza la potestad reglamentaria conforme a lo preceptuado por el artículo 189, numeral 11 *ejusdem*.

Sin embargo, la potestad que ostenta el Presidente de la República para reglamentar las leyes, no puede ser confundida con la que tiene asignada el Ministro de Protección Social, en su calidad de *“jefe de la administración en su respectiva dependencia”* y como Director del Sistema General de Seguridad en Salud (SGSSS) para dictar reglamentos o actos administrativos de contenido general sobre determinados aspectos de carácter administrativo, obviamente sin rebasar el ámbito material de la ley y sin trasgredir los actos de naturaleza reglamentaria expedidos por el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, lo cual no ocurre por demás en el asunto bajo examen.

Las facultades reglamentarias en comento encuentran un sólido sustento constitucional en el artículo 208 de la Carta, en donde se establece que *“Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.”*

En ese orden de ideas, desconocer al Ministro de Protección Social la facultad de expedir reglamentaciones puntuales en asuntos administrativos que son propios de su dependencia, equivaldría no solamente a desconocer su condición de jefe de la administración en su respectiva cartera ministerial, sino que podría dar lugar a una concentración tan absurda como inconveniente de la potestad reglamentaria en el primer mandatario de la Nación, contrariando los principios de celeridad, eficacia y economía previstos en el artículo 209 de la Carta y los lineamientos establecidos en la Ley 489 de 1998. Ciertamente, sería completamente insensato pretender que el Presidente de la República esté llamado a proferir medidas reglamentarias en todos y cada uno de los ramos y ámbitos de la gestión pública a nivel nacional.

Aparte de lo anterior, no puede perderse de vista que el artículo 170 de la Ley 100 de 1993 dispone claramente lo siguiente: *“El Sistema General de Seguridad Social en Salud está bajo la orientación y **regulación** del Presidente de la República y **del Ministerio de Salud** y atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del gobierno frente a la salud pública, en la lucha contra las enfermedades endémicas y epidémicas y el mantenimiento, educación, información y fomento de la salud, de conformidad con el plan de desarrollo económico y social y los planes*

territoriales de que tratan los artículos 13 y 14 de la Ley 60 de 1993.” (la negrilla es ajena al texto).

Como corolario de lo dicho hasta aquí, la Sala concluye que los artículos 1° a 8° de la Resolución 2933 de 2006; 1° a 8° de la Resolución 3797 de 2004; 1° a 8° de la Resolución 2948 de 2003; 1° a 8° de la Resolución 5061 de 1997; y 1° de la Resolución 2312 de 1998, en cuanto tratan de la organización y funcionamiento de los Comités Técnico- Científicos, no contradicen el ordenamiento jurídico. Así las cosas, no se puede afirmar que las Resoluciones demandadas se encuentren falsamente motivadas o que hayan sido expedidas por el Ministro sin tener competencia para ello y menos aún que hayan sido dictadas con desviación de poder. En relación con este último cargo, debe señalarse además que en el expediente no aparece demostrado que la expedición de los actos acusados haya estado inspirada en fines contrarios a los consagrados por el ordenamiento jurídico.

Con respecto a las disposiciones reglamentarias referidas al **procedimiento y al monto de los recobros** por concepto de medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos incluidos o no en el POS, autorizados por los Comités Técnico Científicos u ordenados por fallos de tutela, contenidas en los actos demandados,¹³ resulta oportuno realizar las siguientes acotaciones:

En tales normas se reglamentan el procedimiento, los requisitos y la oportunidad para la presentación de las solicitudes de recobro; el término para estudiar su procedencia y realizar el pago; las causales de rechazo, devolución y aprobación condicionada de las solicitudes de recobro; la realización de pagos por valor inferior al solicitado; la comunicación a la entidad recobrante; la presentación, sustentación y decisión de las objeciones; el monto de los recobros; el control, seguimiento y autoría sobre los procedimientos de recobro; los formatos a emplear y la definición de las consecuencias de su diligenciamiento incompleto.

Frente a tales disposiciones, los actores aseguran que el Ministro del ramo tampoco tiene competencia para establecer el procedimiento de recobro ni para señalar los requisitos que deben cumplir las entidades recobrantes, y mucho menos aún para limitar el monto de los recobros y determinar la extensión de las

¹³ A excepción de la Resolución 5061 de 1997 que se refiere específicamente a la organización de los Comités Técnicos Científicos y no al tema de los recobros.

obligaciones a cargo de las EPS, ARS y EOC; afectando con ello el equilibrio de sus cargas económicas dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

Sobre el particular, estima la Sala que lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, en cuanto atribuye al Ministro la facultad de expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las EPS, las IPS y las direcciones seccionales, distritales y locales de salud, constituye un fundamento legal más que suficiente para concluir que la reglamentación relativa al procedimiento, a los términos y a los requisitos que se cuestionan en este proceso, tiene en efecto un sólido fundamento jurídico. Aparte de ello, el propio artículo 173 de la ley 100 de 1993, al relacionar las atribuciones que se confieren la Ministro, en realidad está reiterando aquello que ya había sido establecido desde antaño en las leyes 10ª de 1990 y 60 de 1993 y en el Decreto 2164 de 1992.

En efecto, el artículo 8° de la Ley 10ª de 1990 atribuye al Ministerio de Salud la Dirección Nacional del Sistema de Salud, y establece como función de su despacho, la responsabilidad de “[...] formular las políticas y **dictar todas las normas científico-administrativas**, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema” (La negrilla es ajena al texto)

Posteriormente, el Decreto 2164 de 1992 “Por el cual se reestructura el Ministerio de Salud”, dictado por el Presidente de la Republica en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Artículo 20 transitorio de la Constitución Política, dispuso en su artículo 2° numeral 12 que corresponde al Ministro del ramo ejercer la Dirección Nacional del Sistema de Salud, y en tal virtud, es función suya “**Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento** y las que deberán ser adecuadas o desarrolladas por las entidades y organismos públicos y privados del sector salud en relación con los temas y regímenes tarifarios para la prestación de servicios de salud, conforme a las normas legales que regulan la materia.” [las negrillas son de la Sala]

Por contera, el artículo 5° de la ley 60 de 1993 también estableció que corresponde a la Nación, a través de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás organismos y autoridades de la administración central o de las entidades descentralizadas del orden nacional, conforme a las

disposiciones legales sobre la materia, ***“Dictar las normas científico administrativas para la organización y prestación de los servicios.”*** [las negrillas son de la Sala]

Según se deduce de lo expuesto, el Ministro de Protección Social si es competente para establecer el procedimiento y señalar los requisitos para el recobro de los medicamentos ante el FOSYGA, en tanto y en cuanto tales medidas encuadran dentro del concepto de normas administrativas a las cuales se hace referencia en las disposiciones anteriormente enunciadas. Cabe formular las mismas consideraciones que se hicieron frente a aquellos artículos de los actos demandados, mediante los cuales se impuso a las EPS, ARS y EOC la obligación de diseñar un programa de auditoria.

De acuerdo con esa línea de pensamiento, la Sala estima que no es viable acceder entonces a la declaratoria de nulidad de los artículos 9 a 24 y 27 a 31 de la Resolución 2933 de 2006; de las Resoluciones 2366 y 3615 de 2005 integralmente consideradas; de los artículos 9 a 18 y 21 a 25 de la Resolución 3797 de 2004; de los artículos 1º, 3º y 4º de la Resolución 2949 de 2003; de los artículos 9º, 10, 12, 13, y 14 de la Resolución 2948 de 2003; y de los artículos 2º, 4º y 5º de la Resolución 2312 de 1998, por tratarse de disposiciones que, como ya se dijo, se encuadran dentro del concepto de normas administrativas mencionado en el artículo 173 de la ley 100 de 1993.

Aparte de lo expuesto hasta aquí, no sobra recalcar que la Corte Constitucional, en su Sentencia T-760 de fecha 31 de julio de 2008,¹⁴ al resolver las distintas acciones constitucionales que fueron acumuladas en ese proceso y luego de destacar el carácter de derecho fundamental autónomo que tiene el derecho a la salud, ordenó al Ministro del ramo que procediera a la adopción de algunas normas encaminadas a corregir los vacíos regulatorios que presentaba el ordenamiento jurídico en relación con el tema de los recobros. Al respecto, en algunos de los apartes de dicha decisión, la Corte expresó:

“[...] en la parte resolutive de esta providencia **se ordenará al MINISTERIO DE LA PROTECCION Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente**, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El MINISTERIO DE LA PROTECCION Social podrá definir el tipo de medidas necesarias. Por

¹⁴ Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

ejemplo, éstas podrían consistir en cambios de tipo gerencial, tales como la contratación de personal que ayude a evacuar las solicitudes de acuerdo al sistema actual. || **Otras medidas podrían comprender el rediseño del sistema de recobro.** El nuevo sistema podría seguir teniendo un flujo de ingreso de solicitudes, de tal manera que éstas sean verificadas una a una, pero a la vez, un flujo de desembolsos que no dependa de la aceptación de las solicitudes individuales, sino de cifras globales definidas anteriormente con base en estimativos de reembolsos a cada EPS, y sujetas a compensación por las diferencias verificadas al final de cada periodo preestablecido. La previsión de un estimativo del monto de recobros por un periodo de tiempo por cada entidad aseguradora, con base en el histórico de recobros de cada entidad, y la correspondiente compensación de acuerdo a los recobros efectiva y legalmente causados, agilizaría el flujo de recursos para financiar servicios de salud y aseguran el goce efectivo del derecho. A su vez, cualquiera sistema que sea diseñado por la Comisión podrá prever desincentivos para las entidades que supediten a la presentación de acciones de tutela la autorización de servicios médicos requeridos y recobrados. || **El Ministerio podrá diseñar el sistema que considere más adecuado,** teniendo en cuenta (i) la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos, (ii) la definición de un trámite ágil y claro para auditar cada solicitud de recobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos, (iii) la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y (iv) la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud. || **EI MINISTERIO DE LA PROTECCION Social deberá remitir a la Corte Constitucional la regulación mediante la cual se adopte este nuevo sistema y la fecha de iniciación.”** *(La negrilla es ajena al texto)*

A juicio de la Sala, todos los fragmentos resaltados permiten inferir que la propia Corte Constitucional de manera expresa le está reconociendo al Ministro de la Protección Social la competencia para expedir reglamentaciones como las que ahora son objeto de cuestionamiento en este proceso, con lo cual coincide plenamente esta Corporación.

Ahora bien, con respecto a la presunta extralimitación de funciones en que pudo haber incurrido el Ministro del ramo al extender las cargas y obligaciones a cargo de las EPS, las ARS y las EOC, ocasionando un desequilibrio en sus finanzas, la Sala se ve obligada a manifestar que ninguno de los actos administrativos contiene en realidad ningún precepto al cual pueda atribuirse tal consecuencia.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS, haciendo eco de las múltiples determinaciones adoptadas por la Corte Constitucional con respecto al suministro de medicamentos y a la prestación de servicios no incluidos en el POS, invocando las atribuciones conferidas en el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, fue realmente el organismo administrativo que estableció la posibilidad de que en

casos excepcionales se presten servicios no incluidos en el plan de beneficios, siempre y cuando ello sea necesario para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas. Lo anterior lo reafirman los artículos 8° del Acuerdo 83 de 1997 y 8° del Acuerdo 228 de 2002, en los cuales se dispuso textualmente lo que sigue:

Acuerdo 83 de 1997, Artículo 8°: Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, **podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo.** *(El resaltado es ajeno al texto)*

Si el precio máximo al público de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del tratamiento, es menor o igual al precio máximo al público de los medicamentos que reemplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las EPS o ARS. Si el precio máximo excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía.

En el caso de que la formulación de dichos medicamentos se asocie a patologías que correspondan a las clasificadas como de alto costo, éstos harán parte del recobro al reaseguro.

El Ministerio de Salud reglamentará la conformación de comités técnico-científicos dentro de las EPS, ARS e IPS los cuales establecerán las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado, con criterios de costo-efectividad. En estos comités se tendrá en cuenta la participación de un representante de los usuarios”.

Acuerdo 228 de 2002, Artículo 8°.- Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, **podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo, previa aprobación del Comité Técnico Científico.** *(El resaltado es ajeno al texto)*

Si el precio de compra de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del tratamiento, es menor o igual al precio de compra de los medicamentos, que lo reemplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las entidades obligadas a compensar o ARS. Si el precio de compra excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía.

En virtud lo anterior, la Sala concluye que la extensión de las cargas y obligaciones que los actores controvierten en este proceso, se atribuye realmente a los preceptos que se acaban de transcribir y no a los actos demandados. Estos últimos, tal como se mencionó anteriormente, contienen tan solo algunas disposiciones de carácter administrativo encaminadas a instrumentalizar el pago de los recobros, con los cuales se busca precisamente evitar que la asunción de tales obligaciones por parte de las EPS, las ARS y las EOC se traduzca en un

desequilibrio financiero que atente contra la estabilidad del Sistema Nacional de Seguridad Social y en el descalabro económico de las mismas.

Dicho de otra manera, las disposiciones acusadas no modifican el Plan Obligatorio de Salud, tampoco determinan la inclusión de medicamentos en él, sino que permiten y hacen más expedito que los medicamentos formulados, por fuera del listado y en circunstancias específicas, en procura de garantizar los derechos fundamentales a la vida y a la salud, se puedan entregar al usuario del servicio por las EPS, sin necesidad de trámites engorrosos y demorados que no cumplan con el objetivo propuesto.

Hay que añadir a lo anterior, que la razón que motiva el recobro es constitucionalmente legítima, pues en últimas apunta a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y a la vida y a la salud y a reconocer ese derecho constitucional que tienen tales entidades al recobro al cual ha hecho referencia la Corte Constitucional en sus providencias.

En su Sentencia T-0001 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, al referirse la Corte Constitucional al deber de inaplicar aquellas disposiciones que establecen la exclusión de procedimientos quirúrgicos o de medicamentos, en los casos en los que unos y otros son requeridos con urgencia para salvaguardar la vida de un ser humano, expresó:

Esta Corporación ha considerado que en aquellos casos en los que la salud y la vida de un individuo se encuentren seriamente comprometidas sino se efectúa un procedimiento quirúrgico o no se suministra un medicamento, por ejemplo, con el argumento de que éstos se encuentran excluidos del POS por así disponerlo una norma legal o reglamentaria, el juez de tutela con fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, deberá inaplicarla¹⁵.

El acervo de razones expuestas llevan a la Sala a 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 2003-00327-01, 2004-00175-01, 2004-00139-01, 2004-00340-01 y 2005-00112-01 que declararon parcialmente nulos, en ese mismo orden, los literales a) y b) del Artículo 3º de la Resolución 2312 de 1998; 11º literal b) de la Resolución 2948 de

¹⁵ Se reitera lo ya decidido en las Sentencias T-150 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.y T- 704 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

2003, 2° literal b) inciso final de la Resolución 2949 de 2003 y 19 literal b) de la Resolución 3797 de 2004, y respecto del artículo 2°, literal b) inciso 1° de la Resolución 2949 de 2003; a denegar la prosperidad de dicha excepción frente a la Sentencia del 18 de junio de 2009 (Exp. 2004-00410), que denegó la nulidad del artículo 1°, literal f) y literal a) de la Resolución 2949 de 2003; y por último, a denegar la nulidad de las demás disposiciones demandadas, al no haberse logrado desvirtuar su legalidad.

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.

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE 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 2003-00327-01, 2004-00175-01, 2004-00139-01, 2004-00340-01 y 2005-00112-01 que declararon parcialmente nulos, en ese mismo orden, los literales a) y b) del Artículo 3° de la Resolución 2312 de 1998; 11° literal b) de la Resolución 2948 de 2003, 2° literal b) inciso final de la Resolución 2949 de 2003 y 19 literal b) de la Resolución 3797 de 2004, y respecto del artículo 2°, literal b) inciso 1° de la Resolución 2949 de 2003;

SEGUNDO: DECLÁRASE no probada la excepción de cosa juzgada frente a la Sentencia del 18 de junio de 2009 (Exp. 2004-00410), que denegó la nulidad del artículo 1°, literal f) y literal a) de la Resolución 2949 de 2003.

TERCERO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: RECONOCESE a la doctora MÓNICA ANDREA ULLOA RUIZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 52'955.238 de Bogotá y portadora de la Tarjeta Profesional número

132.072 del C. S. de la J., como apoderada de la Nación –
Ministerio de la Protección Social, en los términos del poder
obrante a folio 401 del expediente.

QUINTO: En firme esta decisión, archívese el expediente.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión
de la fecha.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA **MARIA ELIZABETH GARCÍA G.**
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**