

0000

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., 02 SEP 2004

**REF: Expediente No. 2004 00271 01
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: SALUD TOTAL S.A.**

La EPS **SALUD TOTAL S.A.**, actuando por medio de apoderado, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 3186 de 22 de octubre de 2003 proferida por el Ministerio de la Protección Social y 128 de enero de 2004, por la cual se rechazó de plano el recurso de reposición interpuesto contra la primera, así como todos los actos administrativos que en el futuro se llegue a emitir como causa o consecuencia de la aplicación o desarrollo de la

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

Resolución 3186 de 2003, lo anterior en desarrollo de la teoría del decaimiento del acto administrativo.

Solicitó además como peticiones principales que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados, (i) se condene al Ministerio de la Protección Social a restablecer el derecho de la demandante consistente en la restitución de los dineros que dicha E.P.S., erogó para la atención de los pacientes que fueron trasladados como consecuencia de la Resolución 3186, descontando el valor que esa E.P.S. dejó de erogar por los pacientes que ella trasladó a otras E.P.S., de acuerdo con la citada Resolución, sumas éstas que deben calcularse hasta que se dicte el fallo por peritos expertos, sumas que deberán ser debidamente indexadas y sobre las cuales deben pagarse los correspondientes intereses; (ii) se condene al Ministerio de la Protección Social a cancelar a la E.P.S., los gastos en que ésta incurra por la atención de los pacientes que se trasladen, desde el momento en que se dicte sentencia hasta que dichos pacientes por cualquier circunstancia sean desafiliados de la E.P.S., sumas que deberán indexarse como lo señala la ley; (iii) se condene al

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

Ministerio de la Protección Social a pagar a la actora los perjuicios que se la hayan causado con la expedición de la Resolución 3186 de 22 de octubre de 2003 y que resulten probados en el proceso; (iv) se condene a la entidad demandada a pagar las costas del proceso.

Subsidiariamente la actora pide (i) que se declare que la Resolución 3186 de 2003 es un acto administrativo de carácter particular y concreto frente a la E.P.S. y no un acto de carácter general; (ii) como consecuencia de lo anterior se declare que la citada Resolución fue indebidamente notificada a la actora al haber sido publicada en el Diario Oficial y no mediante los rituales de la notificación personal; (iii) que como consecuencia de lo anterior se declare nula la Resolución 128 de 2004 que rechazó de plano el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 3186 de 2003 y por ende se obligue al Ministerio de la Protección Social a pronunciarse de fondo sobre el recurso mencionado; (iv) que como consecuencia de la indebida notificación se declare que la Resolución 3186 de 2003 es ineficaz y no ha producido efectos respecto de la actora, hasta que la misma sea notificada a ésta conforme al C.C.A.; (v) que como

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

consecuencia de lo anterior se condene a la demandada a pagar a la actora, hasta que se resuelva el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 3186 de 2003, los dineros que dicha E.P.S. erogó para la atención de los pacientes que fueron trasladados como consecuencia de la Resolución 3186, descontando el valor que esa E.P.S. dejó de erogar por los pacientes que ella trasladó a otras E.P.S., de acuerdo con la citada Resolución, sumas éstas que deben calcularse hasta que se dicte el fallo por peritos expertos, sumas que deberán ser debidamente indexadas y sobre las cuales deberán pagarse los correspondientes intereses; (vi) que se condene al Ministerio de la Protección Social a pagar a la actora los perjuicios que se la hayan causado con la expedición de la Resolución 3186 de 22 de octubre de 2003 y que resulten probados en el proceso; (vii) que se condene a la entidad demandada a pagar las costas del proceso.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.1.- La demandante considera que la normativa demandada quebranta los artículos 2, 29, 121 y 123 de la Constitución Política; 172 y 182 de la Ley 100 de 1993; y

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

el Acuerdo 245 del 31 de enero de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-

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

1.2.1.- Falta de competencia

Comienza la actora por referirse a la falta de competencia del Ministerio de la Protección Social para expedir la norma demandada, por considerar que, de conformidad con los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993, es función exclusiva del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, definir el valor de la unidad de pago por capitación y establecer las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las E.P.S. y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.

Señala que las funciones anteriores son de potestad exclusiva del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS- y no pueden ser transferidas ni delegadas

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

en ninguno de los demás actores del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Precisa que al tener la Resolución 3186 de 2003 como objeto principal definir el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica en el Régimen Contributivo, el Ministerio de la Protección Social simplemente se está adscribiendo una competencia que es del fuero exclusivo del CNSSS.

Advierte que en el evento que se utilice como argumento el hecho de que el Acuerdo 245 de 2003 expedido por el CNSSS goza de presunción de legalidad y se encuentra vigente, y debe ser aplicado, deberá hacerse uso de la excepción de ilegalidad para estos efectos.

Adicionalmente precisa que aún si en gracia de discusión se aceptara que el CNSSS pudiera haber delegado esta competencia en el Ministerio de la Protección Social, lo cierto es que ésta entidad debió hacer la distribución de los pacientes con las patologías mencionadas ajustándose a los estrictos parámetros señalados por el Acuerdo 245, sin salirse de ese marco, pues ello implicaría

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

desbordamiento de las facultades lo que viciaría de nulidad la resolución demandada, que fue lo que ocurrió en el presente caso.

Indica que adicionalmente lo que hace el Ministerio con la resolución atacada es modificar la UPC que recibe la EPS, toda vez que para la fijación de la misma en el año 2004, el CNSSS no tuvo en cuenta ese traslado masivo de pacientes con las patologías VIH-SIDA e insuficiencia renal crónica.

Argumenta que la UPC debe calcularse en función del perfil epidemiológico y otras características que determina la ley y que el Consejo no realizó el estudio técnico que le exige la ley y con la redistribución de pacientes afectó en forma grave la UPC, por lo cual desde este punto de vista se violó la competencia del CNSSS, pues se delegó en el Ministerio de la Protección Social el determinar el mecanismo para la redistribución de pacientes que significa variación de la UPC.

1.2.2.- Violación del Acuerdo 245 del CNSSS

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

Señala la actora que la metodología adoptada en la resolución atacada se aparta de la establecida en el Acuerdo 245 del CNSSS, lo cual se traduce en que el número de afiliados con las patologías antes mencionadas es diferente al que debería recibir si se aplicara el Acuerdo citado.

Añade que si se observa el anexo técnico que hace parte de la resolución y en el cual se dice el número específico de afiliados que debe recibir cada EPS, se dejaron por fuera los afiliados a las entidades adaptadas y no se tomaron en cuenta las EPS en liquidación, las cuales no fueron excluidas del Acuerdo 245, omisión que debe afectar todas las cifras.

Indica que la resolución demandada se refiere a pacientes con diagnóstico comprobado de VIH-SIDA que se encontraban en tratamientos con antirretrovirales y aquellos con insuficiencia renal crónica que requirieran diálisis y/o homeodiálisis a 31 de diciembre de 2002, mientras el Acuerdo 245 no limita el tratamiento de los pacientes con esos diagnósticos solamente a la realización de esas

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

actividades, con lo cual la resolución nuevamente se aparta del Acuerdo mencionado.

Añade que la metodología para definir el número de pacientes que debía ser redistribuido se hizo con base en el Acuerdo 217 que había sido derogado expresamente por el Acuerdo 245.

El artículo 2 de la resolución atacada, al definir el procedimiento para el cálculo de pacientes a distribuir, se menciona que para cada patología el Ministerio determinó el número que debe entregar y recibir cada EPS de acuerdo con la desviación de la prevalencia nacional en el segundo semestre de 2002 de cada EPS. Sin embargo el Acuerdo 245, contrario a la resolución, establece que la metodología debe considerar para el cálculo, la tasa para todas las EPS, tasa que se define en epidemiología como la frecuencia con que ocurre determinado evento en el tiempo, y se utiliza para medir la incidencia de la enfermedad (que estima la probabilidad de que ocurran eventos nuevos en la población). Así la resolución considera para el cálculo la prevalencia que no es una

REF: Expediente No. 2004 00271 01
ACTOR: SALUD TOTAL S.A.

tasa como lo exige el Acuerdo 245, sino una proporción que mide algo completamente diferente.

Argumenta que el análisis realizado por el Ministerio se hace con base en el cálculo del número de casos a entregar por determinadas EPS, CUANDO POR EL CONTRARIO, EN EL acuerdo 245 se menciona que se debe definir inicialmente el número de pacientes a recibir por las EPS, cuando por el contrario, en el Acuerdo 245 se menciona que se debe definir inicialmente el número de pacientes a recibir por las EPS que presenten desviación del 20% por debajo de la tasa promedio. Además, la expresión del Acuerdo 245 "más una desviación", debe entenderse como una desviación positiva y una desviación negativa según se aplica el término en estadística y epidemiología.

Concluye que cuando se habla en el Acuerdo de una desviación por debajo de la tasa promedio y más adelante se define que la desviación es del 20%, debe entenderse que las EPS que reciben pacientes son las que tengan una tasa menor a la promedio menos el 20%, esto es menor al 80% de la tasa promedio. Por el contrario, de manera

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

equivocada la resolución 3186 asume que se debe definir inicialmente quienes entregan pacientes, identificando las EPS que tienen una tasa por encima del 120%..

1.2.3.- Falta de notificación

Afirma la actora que en la medida que la Resolución 3186 de 2003 es un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que determina de manera exacta y precisa el número de pacientes que cada EPS debe entregar y recibir, tiene efectos directos sobre las EPS, y por tanto debió ser notificada personalmente.

Al no haber ocurrido así, el acto no tiene efectos sobre la actora lo que implica la conducencia de las pretensiones subsidiarias.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS

El señor JOSÉ RUBÉN PERDOMO CARDOZO, intervino en el proceso, en nombre propio, a fin de que se declare la nulidad de la normativa demandada, con base en argumentos semejantes a los planteados en la demand

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la actora en los siguientes términos:

1. -Competencia

El Ministerio de la protección Social, expidió la Resolución demandada, en ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente las que le confirió el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, norma esta en virtud de la cual se le asignó por parte del legislador, al entonces Ministerio de Salud (hoy de la Protección Social), entre otras funciones, la de dictar las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo (numeral 2), lo mismo que expedir

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

normas administrativas, todas ellas (científicas y administrativas) de obligatorio cumplimiento para las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud; facultad legal que por su naturaleza, solo puede dar lugar a la expedición de actos administrativos de carácter general.

Añade que la Resolución 3186 de 2003 fue expedida con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo 245, el cual dispuso a cargo del Ministerio de la Protección Social, el desarrollo, aplicación y operativización de varias de sus disposiciones. Si fue la CNSS quien tomó esa decisión, en ejercicio de las normas citadas por el demandante (Artículo 72 numeral 9 y artículo 182 de la Ley 100 de 1993) y el Ministerio de la Protección Social a su vez, en ejercicio de las facultades y funciones legales a su cargo y en desarrollo de lo dispuesto en el precitado Acuerdo instrumentó y puso en funcionamiento el mecanismo de distribución excepcional de pacientes de VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica, carece por completo de fundamento, la

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

afirmación del demandante acerca de la falta de competencia para la expedición de la resolución 3186. Por el contrario al adoptar esa Resolución el Ministerio lo que hizo fue cumplir estrictamente el mandato de el CNSSS y no como equivocadamente pretende el demandante, ejerciendo funciones propias del Consejo o en función de una competencia indelegable.

2. - Violación del artículo 29 de la Constitución Política

No es cierto como afirma el demandante que la Resolución 3186 de 2003, sea un acto administrativo de carácter particular y concreto, pues además de su carácter general, amplio y obligatorio respecto de todas las Entidades Promotoras de Salud, en los términos y para los efectos dispuestos en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, dicha resolución fue concebida para el desarrollo de la política de atención integral de patologías de alto costo para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSSS, para servir de mecanismo de atemperación de los efectos del alto costo y especial y fundamentalmente con el propósito de garantizar a todas las personas el acceso

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

a los servicios de salud en cumplimiento del mandato constitucional respectivo, con lo cual se desvirtúa la infundada violación del artículo 29 de la Carta alegada por la demandante pues justamente la Resolución 3186 se expidió para garantizar la efectiva y adecuada prestación del servicio público esencial de la salud y la efectividad de los derechos de la personas aquejadas por patologías como el VIH y la Insuficiencia Renal Crónica.

3. - Violación del Acuerdo 254

Si fue la propia Ley 100 de 1993 la que de tiempo atrás determinó la imposibilidad de afiliar a nuevas personas a las entidades adaptadas o en proceso de liquidación, de ninguna manera la Resolución 3186 podría haberse ocupado de tenerlas en cuenta para la distribución de pacientes ordenada por el Acuerdo 245, como pretende el demandante, pues precisamente el mandato legal es claro en que dichos eventos, los empleadores deben garantizar la afiliación de los trabajadores a otra Entidad Promotora de Salud, no a otra entidad adaptada o en liquidación. Menos aún si se tiene en cuenta que en el propio Acuerdo 245, en el

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

parágrafo 1º, se dispuso expresamente exceptuar del mecanismo de distribución a las entidades adaptadas.

No podía entonces el Ministerio, desatender el mandato legal expreso que impide a dichas entidades efectuar nuevas afiliaciones o traslados de afiliados, lo mismo que al mandato reglamentario que excluye de la aplicación de dicho mecanismo a las entidades adaptadas.

En el mismo sentido resulta claro que si el Consejo nacional determinó expresamente que la distribución excepcional de los pacientes de VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica se haría con fundamento en las reglas por el señaladas, el mecanismo operaría obviamente con la información que estaban obligadas a reportar las EPS al Ministerio de la Protección Social, razón por la cual, mal podría afirmarse que en este aspecto la Resolución demandada se aparta de lo dispuesto en el acuerdo 245.

En cuanto a la utilización de la metodología prevista en el Acuerdo 217 y la circunstancia de que este hubiera sido derogado por el Acuerdo 245, no comporta ninguna ilegalidad y e todo caso la utilización de la información

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

prevista en el Acuerdo 217 fue autorizada por el propio Acuerdo 245.

4.- Falta de notificación

No hay en el objeto del ato administrativo demandado, en su finalidad ni en el procedimiento previsto para el cálculo de pacientes a distribuir y menos aún, en el amplio universo de pacientes afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, objeto del traslado, un destinatario individual determinado, ni mucho menos único y excluyente.

En consecuencia no es cierto que sean únicamente las EPS las destinatarias de la resolución demandada ni que sus efectos vayan dirigidos en forma exclusiva, directa, concreta y particular a cada una de ellas, pues por el contrario, la esencia de la resolución, es poner en práctica y desarrollo, esto es, materializar la política de atención integral de las patologías de alto costo, para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSSS.

III- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo solicita a esta Corporación que se declare la nulidad del proceso, incluyendo el auto admisorio de la demanda y la remisión del expediente al juez competente, por las razones que se exponen a continuación:

Se observa claramente que el demandante expresó que la acción incoada era la de nulidad y restablecimiento del derecho cuantificando económicamente éste último, por lo cual el Consejo de Estado carece de competencia para tramitarla, debiéndose acudir, como lo señaló la Sección Primera en providencia de 29 de abril de 2010 Consejero ponente Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, a las reglas de competencia señaladas en el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, en especial la establecida en el numeral 3°.

Añade que conforme al artículo 142 del Código de Procedimiento Civil (aplicable por remisión del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo), el proceso es nulo en todo y en parte "(...) 2. Cuando el juez carece de competencia (...) y evidentemente la causal no fue

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

subsanada porque el demandante en ejercicio del recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda solicitó "(...) que se revoque el auto recurrido y, en su lugar, se declare que la competencia para conocer de la presente demanda radica en primera instancia en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ordene devolver el expediente (...)", esto es, alegándola dentro de la oportunidad correspondiente (por obvias razones la parte demandante no podía alegarla por vía de excepciones) razón por la cual la sala debe considerar la declaratoria de nulidad de todo el proceso incluyendo el auto admisorio de la demanda y la remisión del expediente al juez competente.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.- La norma demandada

La norma demandada es la Resolución 3186 de 2003 expedida por el Ministerio de la Protección Social, cuyo texto se transcribe a continuación:

REF: Expediente No. 2004 00271 01
 Actor: SALUD TOTAL S.A.

RESOLUCION 3186 DE 2003
 (octubre 22)

por la cual se define el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica en el Régimen Contributivo en desarrollo del artículo 3° del Acuerdo 245 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

El Ministro de la Protección Social, en ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente las que le confiere el artículo 173 de la Ley 100 de 1993,

CONSIDERANDO:

Que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante el Acuerdo 245 de 2003 determinó que la información reportada por las EPS en cumplimiento del Acuerdo 217 ha permitido determinar que la atención en salud de las patologías cuyo tratamiento se ha definido como de alto costo, con mayor impacto financiero y mayor desviación del perfil epidemiológico dentro del SGSSS, son VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica;

Que la Dirección General de Aseguramiento, del entonces Ministerio de Salud recomendó redistribuir los pacientes con patologías de VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica, dentro de sus diferentes propuestas para solucionar los efectos del alto costo como acción de corto plazo, a mediano y largo plazo propuso un cambio en el modelo de atención que fortalezca las acciones de Promoción y Prevención, la detección temprana, el adecuado seguimiento y control de las enfermedades crónicas, así como su tratamiento adecuado;

Que de manera excepcional y por una sola vez se realizará la distribución de pacientes con Insuficiencia Renal Crónica y VIH-SIDA que están siendo atendidos por Entidades Promotoras de Salud que presenten concentración de estos, hacia las Entidades Promotoras de Salud que tengan desviación por debajo de la tasa promedio de pacientes por cien mil afiliados, para lo cual se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 3° del Acuerdo 245 del CNSSS;

Que se cuenta con la información de afiliados al Régimen Contributivo con diagnóstico comprobado de VIH-SIDA en tratamiento con antirretrovirales e Insuficiencia Renal que requieren diálisis y/o hemodiálisis, obtenida del Acuerdo 217 del CNSSS;

REF: Expediente No. 2004 00271 01
 Actor: SALUD TOTAL S.A.

Que una vez aplicadas las reglas mencionadas en el artículo 3° del Acuerdo 245 del CNSSS, para definir el número de pacientes adicionales que recibirá cada Entidad Promotora de Salud según corresponda, el Ministerio de la Protección Social definirá el mecanismo de traslado y comunicación que deberán adoptar las EPS para hacer efectivos los traslados de conformidad con el numeral 1 del artículo 3° del Acuerdo 245 del CNSSS;

Que en consideración a que la información reportada en el Acuerdo 217 del CNSSS se refiere a eventos y para efectos de dar cumplimiento al artículo 3° del Acuerdo 245 del CNSSS, se hizo necesario implementar un aplicativo de selección de información que permitiera determinar la relación de pacientes mes por mes, tomando como fuente la base de datos de eventos reportados según el Acuerdo 217 del CNSSS;

Que a fin de realizar la distribución de pacientes de manera excepcional y por una sola vez, según lo establecido en el artículo 3° del Acuerdo 245 del CNSSS, se hizo necesario construir diferentes escenarios para lograr una distribución equitativa entre las EPS de acuerdo con su población afiliada, la tasa promedio y la distribución por departamento y grupo de edad; al igual que analizar y determinar el efecto de la aplicación de la metodología para la población objeto de distribución;

Que las razones de carácter técnico antes señaladas conllevaron la necesidad de disponer de un término mayor al inicialmente previsto;

Que en virtud de lo anterior, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante Acuerdo 248 por el cual se modifica el artículo 3° del Acuerdo 245 establece un nuevo plazo para definir el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica en el Régimen Contributivo;

Que en mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

Artículo 1°. Objeto. La presente resolución tiene por objeto definir el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica en el Régimen Contributivo que de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Acuerdo 245 del CNSSS, deberán adoptar las EPS para hacer efectivo el traslado de pacientes con diagnóstico comprobado VIH/SIDA que se

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

encontraban en tratamiento con antirretrovirales y aquellos con Insuficiencia Renal Crónica que requirieron diálisis y/o hemodiálisis a 31 de diciembre de 2002, que se encuentran afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo.

Artículo 2°. Procedimiento para el cálculo de pacientes a distribuir. De conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Acuerdo 245 del CNSSS, la distribución excepcional de pacientes se efectuó con la metodología que se describe a continuación y que se detalla en el Anexo Técnico que hace parte de la presente resolución:

1. Para cada patología, el Ministerio de la Protección Social determinó el número de pacientes que debe entregar y recibir cada EPS de acuerdo con la desviación de la prevalencia nacional del segundo semestre de 2002 de cada EPS.

2. Para cada patología, el número total de pacientes a entregar o recibir a nivel nacional se asignó en los departamentos de operación de cada EPS, de acuerdo con su respectiva distribución de excesos o déficits de pacientes en dicho departamento. Los resultados de esta distribución se encuentran en las Tablas 9, 10, 11 y 12 del Anexo Técnico que hace parte de esta resolución.

3. Para cada EPS, al número total de pacientes a entregar o recibir a nivel departamental se le aplicó la distribución proporcional por grupo etario departamental de cada patología, para así determinar el número de pacientes por grupo etario que le corresponde a cada EPS. Los resultados de este procedimiento se encuentran en las Tablas 1 y 2 contenidas en la presente resolución.

4. Para la asignación aleatoria de pacientes se aplicó el siguiente proceso:

a) Para cada patología, con la información reportada a diciembre de 2002 por las EPS que deben trasladar pacientes, se crearon bases de datos con listados de los pacientes, por EPS, departamento y grupo etario. Cada listado se ordenó alfabéticamente por apellidos;

b) De cada base de datos se hizo una selección de los casos a trasladar usando un procedimiento de muestreo aleatorio simple. El número de casos seleccionados corresponde a los cálculos del número de casos que cada EPS debe entregar por departamento y por grupo etario;

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

c) A partir de los resultados de la selección aleatoria se elaboró un listado de los casos a trasladar, con sus respectivos EPS, nombres y apellidos, identificación y ubicación geográfica, el cual se entregará a cada una de las EPS que debe realizar el traslado.

Artículo 3°. Veeduría al proceso de selección aleatoria de pacientes. Las EPS podrán verificar que los pacientes redistribuidos sean efectivamente los seleccionados con la metodología establecida en el artículo anterior; así mismo podrá haber verificación del proceso por parte del Representante de los Usuarios ante el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Artículo 4°. Comunicación de traslado. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, que en virtud de lo establecido en el Acuerdo 245 del CNSSS y en la presente resolución deban trasladar pacientes y una vez recibido el listado de los pacientes que deben ser trasladados y las Entidades Promotoras de Salud, EPS, a las cuales se pueden trasladar, deberán comunicar a los pacientes y a su núcleo familiar sobre el traslado a otra EPS y la obligación que tienen de elegir la EPS a la cual se pueden trasladar, siempre y cuando existan opciones para escoger. Esta comunicación debe ser personal, garantizando la confidencialidad del diagnóstico del paciente.

Parágrafo. La selección de la Entidad Promotora de Salud, EPS, a la cual se debe trasladar el paciente, se hará teniendo en cuenta el cupo de pacientes a recibir por cada EPS, según el resultado reportado por el Ministerio de la Protección Social al aplicar la metodología diseñada para el desarrollo del Acuerdo 245 del CNSSS.

Artículo 5°. Término para el traslado. Los pacientes que en virtud de lo establecido en el Acuerdo 245 del CNSSS y la presente Resolución deban ser trasladados, deberán dentro del mes siguiente a la comunicación de que trata el artículo anterior elegir la EPS a la cual se trasladarán informando de su decisión a la EPS donde se encuentran afiliados. Si vencido este término el paciente y su grupo familiar no han elegido la EPS a la cual se trasladarán, el Ministerio de la Protección Social procederá a escoger la EPS a la cual serán trasladados. En cualquier caso el traslado se hará efectivo el primer día hábil del mes subsiguiente al de la escogencia que se entenderá desde la fecha de

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

radicación de la novedad de traslado en la EPS seleccionada según las normas vigentes.

Artículo 6°. Notificación del traslado. Seleccionada la Entidad Promotora de Salud, EPS, a la cual se trasladará el paciente y su núcleo familiar, la EPS de la cual se traslada deberá notificar de este hecho a la Entidad Promotora de Salud, EPS, que recibirá el paciente, para que se adelanten los trámites administrativos correspondientes que garanticen la continuidad del tratamiento requerido por el paciente y los de su grupo familiar. En este evento no aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 56 del Decreto 806 de 1998.

El traslado de Entidad Promotora de Salud, EPS, implica el diligenciamiento y radicación del formato de traslado a la otra EPS, por parte del cotizante, el cual debe efectuarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de traslado.

De igual forma, la Entidad Promotora de Salud, EPS, debe notificar el traslado de los pacientes a la Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, responsable de su atención, identificando su nombre, documento de identidad, dirección de residencia, teléfono y la Entidad Promotora de Salud-EPS a la cual se trasladan, a fin de que la Institución Prestadora de Servicios de Salud cese su obligación de atender al paciente que se traslada o para que esta coordine con la Entidad Promotora de Servicios de Salud, EPS, a la cual se traslada el paciente la continuidad del tratamiento, evitando traumatismos para los pacientes por el cambio de Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS.

Artículo 7°. Veeduría proceso de traslado. Las Entidades Promotoras de Salud deberán hacer una relación de los pacientes que se trasladan y su núcleo familiar así como de los que reciben, identificando nombre(s), documento(s) de identidad, tipo de afiliación (Cotizante o Beneficiario), dirección de residencia y teléfono, que deberá ser remitida al Ministerio de la Protección Social-Dirección General de Gestión de la Demanda en Salud, anexando comunicación suscrita por el Representante Legal de la entidad, en la cual se certifique la veracidad de la misma. Esta información debe ir acompañada del formato de seguimiento para cada paciente trasladado, que hace parte de la presente resolución, el cual debe estar diligenciado en su totalidad y firmado por el paciente que se traslada. La

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

información contenida en este formato podrá ser verificada en cualquier momento por el Ministerio de la Protección Social.

El incumplimiento en la aplicación de la presente Resolución deberá ser notificado a la Superintendencia Nacional de Salud.

Artículo 8°. Excepciones. En los casos que se enuncian a continuación se aplicarán las siguientes reglas:

1. **Pacientes que ya se trasladaron.** En caso de identificar que el paciente seleccionado por el procedimiento definido en el artículo 2° de la presente resolución ya se trasladó y teniendo en cuenta que la información es a diciembre de 2002, no será objeto de distribución y la EPS que recibe podrá descontarlo del número definido en el anexo técnico de la presente resolución.

2. **Pacientes que manifiestan no querer trasladarse.** En caso de que el paciente objeto del traslado manifieste no querer trasladarse de su EPS dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación, esta decisión deberá soportarse mediante escrito firmado por el paciente ante el Ministerio de la Protección Social y no habrá lugar al traslado. En tal caso, el Ministerio de la Protección Social reemplazará por una sola vez estos pacientes por medio del proceso de selección aleatoria descrito en el artículo 2° de la presente resolución, utilizando el listado de pacientes con fecha de corte de diciembre de 2002, y para lo cual se aplicarán los términos descritos en los artículos 4°, 5° y 6° de la presente resolución. De estos pacientes solamente serán trasladados los que den su aprobación para ello.

Parágrafo. La situación de cada paciente que se genere con posterioridad a diciembre de 2002, con ocasión de cambio de grupo etario, fallecimiento, cambio de EPS, cambio de residencia u otras circunstancias que impidan que alguno de los casos seleccionados no se pueda trasladar están por fuera del alcance de esta resolución. Ninguno de los pacientes seleccionados será reemplazado por otro, excepto si el paciente manifiesta no querer trasladarse, en cuyo caso aplicará lo definido en el presente artículo.

Artículo 9°. Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial.

Publíquese y cúmplase.

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

Dada en Bogotá, D. C., a 22 de octubre de 2003.

El Ministro de la Protección Social,

Diego Palacio Betancourt.

2.- La competencia del Consejo de Estado

En primer lugar analizará la Sala la solicitud del Ministerio Público de que se declare la nulidad del proceso, incluyendo el auto admisorio de la demanda y se remita del expediente al juez competente, por considerar que el Consejo de Estado carece de competencia para tramitarlo.

En materia de competencia, el artículo 128 del C.C.A. establece en el numeral 2 que El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá privativamente y en única instancia de los procesos de "nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los de carácter laboral. No

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

obstante, las controversias sobre los actos de declaratoria de unidad de empresa y calificación de huelga son de competencia del Consejo de Estado en única instancia". (Negrilla fuera del texto)

Por su parte, el artículo 122 de la misma codificación determina que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia, entre otros, de los procesos de "nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales (\$ 85.800.000 para el año 2001)". (Negrilla fuera del texto)

Es claro entonces que la competencia para conocer las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho que tengan cuantía en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, radica en los Tribunales Administrativos, por lo cual al restringir el conocimiento de esos procesos a una única instancia en el Consejo de Estado, se vulnera el principio de la doble instancia consagrado en el artículo 31 de la nueva Constitución, según el cual "toda sentencia

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra la ley".

Al respecto, esta Sección manifestó en la providencia del 29 de abril de 2010¹, posterior a la fecha en que se admitió la presente demanda, que existen reglas claras de competencia para conocer de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos expedidos por las autoridades nacionales que comportan cuantía en la estimación de los perjuicios que se consideren ocasionados y que corresponde al numeral 3° del artículo 132 del C.C.A., conforme al cual los Tribunales administrativos conocerán en primera instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de 300 salarios mínimos legales mensuales, por lo cual no resulta aplicable el numeral 2 del artículo 128 del C.C.A.

Dado que en el presente caso se plantea una acción de nulidad y restablecimiento del derecho que tiene cuantía, en cuanto se solicita que declarada la nulidad del acto

¹ Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación 25000-23-24-000-2004-00185-01 Actor: Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. S.O.S.

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

demandado se restablezca el derecho de la actora mediante, entre otros, la restitución de los dineros que dicha E.P.S., erogó para la atención de los pacientes que fueron trasladados como consecuencia de la Resolución 3186 de 2003, es evidente que de conformidad con las normas y la posición de la Sala antes citadas, esta Corporación carece de competencia para conocer el presente proceso, lo cual, se presenta la causal de nulidad contemplada en el numeral 2 del artículo 140 del C.P.C., aplicable por remisión del artículo 165 del C.C.A., conforme a la cual, el proceso es nulo en todo o en parte, entre otras causales, "Cuando el juez carece de competencia"

Considerando que la causal de nulidad citada es insaneable, y que según lo dispone el artículo 145 del C.P.C., el juez debe declararla de oficio, la Sala deberá obrar en consecuencia, como lo definirá en la parte resolutive de esta providencia, con lo cual se preserva además el derecho constitucional de las partes a la doble instancia.

REF: Expediente No. 2004 00271 01
Actor: SALUD TOTAL S.A.

Por lo expuesto se

RESUELVE:

PRIMERO.- Declárase la nulidad de todo lo actuado en esta instancia dentro de este proceso incluyendo el auto admisorio de la demanda.

SEGUNDO.- ORDÉNASE remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Marco Antonio Velilla M
MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Consejero