CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015).

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

Ref.: Expediente núm. 2010-00145-00.
Acción: Nulidad.
Actor: JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO.

Se decide en única instancia la acción de nulidad instaurada por el ciudadano **JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO**, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el Acuerdo núm. 000260 de 4 de febrero de 2004, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, **"por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud***".*

I.- LA DEMANDA.

I.1- Solicita el actor que se declare:

La nulidad del artículo 11, numerales 2 y 3 del Acuerdo núm. 000260 de 4 de febrero de 2004, **"por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud"**, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS.

I.2- Considera que el acto acusado, vulnera los artículos 13, 46, 48 y 49 de la Constitución Política; 1°, 2°, 3°, 153 y 187 de la Ley 100 de 1993; 40 del Decreto 806 de 1998; 1° del Decreto 047 de 2000; 7° del Decreto 1703 de 2002; y 1° del Decreto 2400 de 2002.

El actor aduce los siguientes cargos de violación:

1. El acto demandado en el fondo desconoce principios de la Seguridad Social y Derechos Constitucionales al consagrar restricciones de tipo económico para el acceso efectivo a la salud de un grupo de personas calificadas como las más pobres.

2. Señala que la norma demandada crea una carga económica a quienes no tienen capacidad de pago al obligar a cancelar copagos a aquellas personas que tienen una calidad de vida por debajo del 22% en una escala de 1 a 100, vulnerando el derecho a la igualdad y los principios de solidaridad y universalidad, ya que el acceso de los más pobres se encuentra condicionado al cumplimiento de requisitos económicos.

3. Aduce que el acto demandado al constituir barreras para el acceso al servicio a través de los copagos o cuotas moderadoras desconoce lo establecido en el artículo 187 de la

Ley 100 de 1993 y el artículo 5° del Acuerdo 000260 de 2004.

4. Argumenta que el Acuerdo 000260 de 2004 olvida que las personas afiliadas al régimen subsidiado de salud son la población más pobre del País y así se establezcan niveles o categorías fijadas por el Sisbén, pueden en un momento dado constituir una barrera de acceso, desconociéndose la primacía del derecho a la salud y la vida con la creación de un requisito, que de no cumplirse, bloquearía al paciente la atención efectiva de su estado de salud, pues en la práctica, se impone la cancelación del copago o cuota moderadora como condición para la prestación del servicio, al establecer: *"los beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban".*

5. Finalmente, el actor no desconoce que el pago de las cuotas moderadoras y copagos por parte de los usuarios protegen los intereses económicos del sistema y de las entidades

prestadoras de los servicios de salud; lo que censura es la falta de proporcionalidad en el pago de las cuotas moderadoras y copagos por parte de los usuarios, encontrándose exonerados sólo quienes se hallan en estado de extrema pobreza, es decir, en estado de indigencia, cuando se trata de afiliados al régimen subsidiado, concluyendo que por un lado el copago puede disminuir el nivel de vida de una familia de niveles I y II, y por otro, le exige al paciente que se encuentre en estado de indigencia para prescindir de tal barrera.

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 de alegaciones.

II.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

II.1.1.- El Ministerio de la Protección Social[1], se opuso a las pretensiones de la demanda, en síntesis así:

Que el Consejo de Seguridad en Salud como ente rector del sistema, en su momento dispuso claramente que en la aplicación de las medidas mencionadas por parte de las EPS debían respetarse los principios allí consagrados y enfatizó en que el principio de equidad tiene dos limitantes en la figura de los copagos: que no pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.

Resalta que la igualdad no es la aplicación objetiva de una fórmula matemática, sino conforme lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-013 de 1993, dicho principio es objetivo y no formal; él

[1] Hoy Ministerio de Salud de conformidad con la Ley 1444 de 2011

se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales.

Finalmente, argumenta que el cobro del copago es objetivo, pues así se deriva del principio de aplicación general, es decir, a los de menores ingresos se les fija un copago menor que al que cuenta con mayores recursos.

II.1.2.- La Comisión de Regulación en Salud (CRES), quien sustituyó al Consejo Nacional de Seguridad Social, se opuso a las pretensiones de la demanda y al efecto adujo lo siguiente:

Que no existe violación del derecho a la igualdad, por cuanto del texto del artículo 11 acusado se extrae que las categorías o niveles que describe la norma para el establecimiento de los copagos fueron determinadas con base en un enfoque diferencial objetivo de los beneficiarios del régimen subsidiado, tomando en consideración

el uso del SISBEN como sistema de identificación y clasificación de hogares, familias y personas conforme a sus condiciones de vida.

Señala que el acto demandado no vulnera el derecho de acceso efectivo a la salud, pues el régimen de copagos debe interpretarse con observancia de los principios previstos en el artículo 5º del mismo Acuerdo contentivo de la norma acusada.

Considera que no se transgrede el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, pues el Legislador previó la existencia de pagos moderadores con la finalidad de racionalizar el uso de servicios del sistema y complementar la financiación del POS, todo ello en busca de la mayor eficiencia del sistema.

Propone la excepción de cosa juzgada, por cuanto esta Sección se pronunció frente a esta norma dentro del expediente radicado con el núm. 2005-00071-01.

II.1.3.- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de la demanda, en síntesis, así:

Propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda porque, a su juicio, hay ausencia de cargo cierto en relación con el numeral 2 del artículo 11 acusado, ya que cuando se presentó la demanda en el 2010, dicha norma había sido derogada por el literal g) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007; y conforme a pronunciamientos de la Corte Constitucional solo procede una decisión de fondo sobre una disposición derogada, cuando la misma sigue produciendo efectos, lo que no ocurre en este caso.

Alude a que la norma acusada no viola los principios de solidaridad y universalidad, ya que el cobro de copagos a los afiliados al régimen subsidiado encuentra su sustento jurídico directo en la Ley 100 de 1993.

Resalta que el cobro de copagos clasificados en el nivel II del SISBEN fue ratificado por la Ley 1122 de 2007; y el establecimiento de pagos compartidos fue declarado exequible por la Corte Constitucional.

Sostiene que el cobro de copagos no se solicita para todos los servicios de salud, sino que se excluye para los servicios que se prestan a las poblaciones con enfermedades más sensibles, como son los enfermos de alto costo, de enfermedades transmisibles, las mujeres en embarazo, los recién nacidos y para situaciones de urgencia.

Finalmente, manifiesta que el artículo 11 acusado no imprime un tratamiento discriminatorio ni desproporcionado para los más pobres, pues el cobro de copago tiene varias excepciones y, por ejemplo, el núcleo familiar de la población desmovilizada una vez identificado mediante la encuesta SISBEN, no será sujeto del cobro

de copagos, siempre y cuando estén en el nivel I; para los del nivel II se aplicará el numeral 3 del artículo 11 acusado.

III.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador Delegado Para la Conciliación Administrativa ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidario de que se denieguen las pretensiones de la demanda, por lo siguiente:

En primer lugar, manifiesta que no es procedente la declaratoria de cosa juzgada, por no reunirse los elementos previstos en los artículos 332 del C. de P.C y 175 del C.C.A.

Señala que el Legislador tiene la facultad para establecer el régimen jurídico del servicio público obligatorio de la seguridad social y de la atención en salud, con sujeción a los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad; que para el caso de la norma demandada el régimen jurídico fue

principalmente fijado por la Ley 100 de 1993 en su artículo 187, disponiendo la obligación que tienen tanto los afiliados como los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud de contribuir con el financiamiento del sistema, entendiendo que los copagos "*son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema".*

De igual manera, transcribe apartes de la sentencia C-542 de 1998, que declaró la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, al considerar que los copagos y cuotas moderadoras eran constitucionalmente admisibles dentro del Régimen General.

Se opone al cargo de violación del artículo 13 de la Constitución política, por cuanto en su criterio el acto acusado intenta dar un trato diferenciado a personas que se encuentran en diversa situación socioeconómica, utilizando para la identificación de esa situación similar o diferente el "Sisbén", por medio del cual se

puede identificar y clasificar los hogares, familias y personas, conforme a sus condiciones de vida.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Al entrar a estudiar el fondo del asunto, la Sala advierte que el señor Consejero doctor **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**, en escrito de 18 de agosto del año en curso, visible a folios 187 y 188 del expediente, manifiesta que se declara impedido para actuar dentro del proceso de la referencia, por cuanto intervino como Agente del Ministerio Público, en cuya condición rindió concepto para solicitar la denegatoria de las pretensiones de la demanda, toda vez que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, por lo que considera que se encuentra incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 12 del artículo 141 del C.G.P., el cual prevé:

> **"Causales de recusación.** Son causales de recusación las siguientes:

> … 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre cuestiones materia del proceso, o **haber intervenido** en éste **como** apoderado, **agente del ministerio público**, perito o testigo".

Revisado el expediente se advierte que, en efecto, el doctor **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**, fungió como Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa y en dicha calidad rindió concepto en el proceso de la referencia, conforme consta a folios 155 a 168 del cuaderno principal, lo que pone de manifiesto su intervención como Agente del Ministerio Público en la presente acción.

Como el hecho manifestado por el mencionado Consejero está erigido como causal de impedimento en la disposición antes mencionada, debe la Sala aceptárselo y separarlo del conocimiento del presente proceso.

Resuelto lo anterior, la Sala procede a examinar el asunto que nos ocupa.

Sea lo primero señalar que la excepción de cosa juzgada propuesta por la Comisión de Regulación en Salud –CRES- no está llamada a prosperar, ya que en la controversia que ahora ocupa la atención de la Sala, se demandó la nulidad del artículo 11, numerales 2 y 3, del Acuerdo 00260 de 4 de febrero de 2004 y la causa petendi radica en la violación de los artículos 13, 46, 48 y 49 de la Constitución Política; 1°, 2°, 3°, 153 y 187 de la Ley 100 de 1993; 40 del Decreto 806 de 1998; 1° del Decreto 047 de 2000; 7° del Decreto 1703 de 2002; y 1° del Decreto 2400 de 2002; en tanto que en el proceso radicado bajo el núm. 2004-00331-01, se impetró la nulidad de la totalidad del citado Acuerdo, argumentando la violación de los artículos 2º, 44, 48 y 49 de la Constitución Política; 4º, 5º y 187, parágrafo único, de la Ley 100 de 1993; y la Ley 23 de 1981.

De tal manera que no se dan los presupuestos que consagran los artículos 332 del C. de P.C. y 175 del C.C.A., en la medida en que no existe identidad de causa y tampoco puede hablarse de una total identidad de objeto cuando una demanda se dirige contra todos los artículos contentivos de un acto acusado y en la otra solamente uno.

Igualmente, tampoco está llamada a prosperar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues si bien es cierto que la norma acusada fue derogada, esta Corporación reiteradamente ha sostenido que la derogatoria no restablece per se el orden jurídico vulnerado, sino que, apenas acaba con la vigencia. De ahí que haya necesidad de hacer pronunciamiento de mérito frente a los efectos que el acto derogado haya producido durante su vigencia.

Los numerales 2 y 3 del artículo 11 del Acuerdo 00260 de 4 de febrero de 2004, son del siguiente tenor:

"***Artículo 11. Contribuciones de los afiliados dentro del régimen subsidiado.*** *Los beneficiarios del régimen subsidiado contribuirán a financiar el valor de los servicios de salud que reciban, a través de copagos establecidos según los niveles o categorías fijadas por el Sisbén de la siguiente manera:*

> ***… 2.*** *Para el nivel 1 del Sisbén y la población incluida en listado censal, el copago máximo es del 5% del valor de la cuenta, sin que el cobro por un mismo evento exceda de una cuarta parte del salario mínimo legal mensual vigente. El valor máximo por año calendario será de medio salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***3.*** *Para el nivel 2 del Sisbén el copago máximo es del 10% del valor de la cuenta, sin que el cobro por un mismo evento exceda de la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente. El valor máximo por año calendario será de un salario mínimo legal mensual vigente."*

En la demanda el actor transcribe el texto de los siguientes artículos que considera vulnerados con el acto acusado: 13, 48 y 49 de la Constitución Política (folios 7 y 8); 1º, 2º, 3º, 153 y 187 de la Ley 100 de 1993.

Al desarrollar el concepto de la violación se refiere a los principios de solidaridad y universalidad para colegir que la violación consiste

en que el acto acusado al establecer la cancelación de copago o cuota moderadora como condición para la prestación del servicio, desconoce la primacía del derecho a la salud y a la vida de la población más pobre del país, que es la que se encuentra en su nivel más bajo dentro de la escala económica.

Concluye, igualmente, que se vulnera el artículo 13 de la Carta Política, porque solo aquellos que estén en condiciones de cancelar los copagos son los que tienen acceso real a la salud y las personas más pobres son objeto de un tratamiento discriminatorio, pues el acceso al sistema está condicionado al cumplimiento de requisitos de índole exclusivamente económica.

En orden a determinar si el acto acusado incurre en las violaciones que le endilga el actor, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993, prevé:

"ARTÍCULO. 187.-De los pagos moderadores. **Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia** C-542 **de 1998**. Los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del plan obligatorio de salud.

En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre, tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y la antigüedad de afiliación en el sistema, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del consejo nacional de seguridad social en salud.

Aparte subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-542 **de 1998**.

Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las entidades promotoras de salud, aunque el consejo nacional de seguridad social en salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de promoción de salud del fondo de solidaridad y garantía.

PARAGRAFO.-Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socieconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del consejo nacional de seguridad social en salud."

Del texto transcrito infiere la Sala que fue el Legislador el que dispuso que los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud, estén sujetos a pagos compartidos cuotas moderadoras y deducibles.

Igualmente, cabe señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C-542 de 1998, halló exequible dicha disposición. Al efecto, sostuvo:

> *"(…)La norma es exequible en cuanto busca racionalizar el servicio, es decir, lograr que los usuarios sólo acudan a él cuando realmente lo necesiten y se abstengan así de congestionar inoficiosamente los centros de atención y el tiempo del personal médico y asistencial. Como su nombre lo indica, estos pagos y cuotas no implican que el Estado traslade a los usuarios las cargas económicas de los servicios que se prestan, sino que representan un mecanismo pedagógico sobre la utilización de los mismos, y un grado razonable de contribución propia a la financiación de la actividad que cumple el ente, lo que encuentra sustento en el principio constitucional de solidaridad.". (Subraya la Sala).*

En consecuencia, mal puede considerarse que el acto acusado desconozca el principio de solidaridad, cuando la misma Corte

Constitucional al estudiar la exequibilidad de la norma legal que estableció los copagos y cuotas moderadoras, estimó que ello encuentra sustento en dicho principio constitucional.

Cabe señalar que, igualmente, esta Corporación en sentencia de 26 de julio de 2012 (Expediente núm. 2007-00116-00, Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), expresó que los pagos moderadores a que alude el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, tienen el exclusivo objetivo de racionalizar el uso del servicio del sistema y complementar la financiación del mismo. De igual manera, en dicha sentencia se destacó que por vía jurisprudencial la Corte Constitucional estableció dos situaciones excepcionales en las que "a pesar de tratarse de atención médica sujeta a copagos, resulta viable exonerar al usuario de su cancelación, con el objeto de proteger derechos fundamentales y de evitar que los mismos se conviertan en una barrera para que los usuarios accedan al servicio de salud. Fue así como en la sentencia T-162 de 2011, la Corte precisó:

> "… 1- Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor.
>
> 2- Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio".

Ahora, el artículo 7º del Acuerdo 000260 de 2004, consagra los casos de excepción al cobro de copagos, contenidos en el POS, así: 1) para los servicios de promoción prevención; 2) programas de control en atención materno infantil; 3) programas de control en atención de las enfermedades transmisibles; 4) enfermedades catastróficas o de alto costo; y 5) la atención inicial de urgencias.

El artículo 12, ibídem, prevé que en el régimen subsidiado se prohíbe el cobro de copagos al control prenatal, la atención de

parto y sus complicaciones y la atención del niño durante el primer año de vida.

Lo precedente descarta la violación al principio de universalidad, toda vez que se está previendo la exención de copagos frente a las personas incluidas en los distintos grupos de servicios, lo que constituye una garantía de protección para las mismas.

No resulta acertada la afirmación del demandante, relativa al supuesto tratamiento discriminatorio y desproporcionado a los más pobres, pues, como quedó visto, la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, previó la obligación de las EPS de prestar el servicio así las personas no llegaren a tener los recursos para pagar los mismos.

Así pues, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

TERCERO: ACÉPTASE el impedimento manifestado por el señor Consejero doctor **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**, para intervenir en el proceso de la referencia.

Como consecuencia de la declaración anterior, sepárase del conocimiento del mismo al mencionado Consejero de Estado.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 31 de agosto de 2015.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA