LEGIS LEGISmóvil
La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA[1]

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación Núm.:	**11001-0324-000-2012-00350-00**
Actor:	**MARLON DAVID PABÓN CASTRO**
Demandado:	**GOBIERNO NACIONAL**
Medio de Control:	**Nulidad**

Procede la Sala a decidir de fondo la demanda de nulidad de la referencia, promovida por MARLON DAVID PABÓN CASTRO contra el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012 *"Por el cual se reglamenta el artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012"*, expedido por el Gobierno Nacional.

[1] CPACA-GVA-2013-00003.

1.- RESUMEN DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

En ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el ciudadano MARLON DAVID PABÓN CASTRO, obrando en nombre propio, acudió ante el Consejo de Estado con la pretensión de obtener la declaratoria de nulidad del contra el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012 *"Por el cual se reglamenta el artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012"*, expedido por el Gobierno Nacional, por considerarlo contrario, de un lado, a los artículos 189 núm. 11 de la C.P. y 122 del Decreto-Ley 019 de 2002, y de otro, a los artículos 83 de la C.P. y 5 y 27 de la Ley 80 de 1993.

Al efecto manifestó el actor: **i)** Que el Ejecutivo adoptó una regla que desborda el contenido y alcance del artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2002, objeto de reglamentación, pues esta disposición no estableció como parámetro dentro del procedimiento a seguirse en caso de divergencias recurrentes, que la entidad recobrante renunciara al cobro de intereses así como de otros gastos independientemente de su modalidad y denominación frente a los recobros; **ii)** Que la disposición acusada vulnera los principios de la buena fe y la confianza legítima establecidos en el artículo 83 de la C.P., toda vez que la medida en ella adoptada representa un cambio intempestivo de las reglas de juego que el Gobierno y las EPS han fijado desde hace mucho tiempo para el pago de los recobros; y **iii)** Que la renuncia a los intereses moratorias contemplada en la norma acusada evidentemente altera el equilibrio que necesariamente tiene que existir entre las prestaciones de las partes contratantes, en este

caso entre el Estado y las EPS, por lo cual se vulneran los artículos 5 y 27 de la Ley 80 de 1993 que consagran el principio del equilibrio financiero del contrato en el régimen jurídico de la contratación pública.

La ciudadana MÓNICA ALEXANDRA LOMBANA RODRÍGUEZ presentó dentro de la oportunidad prevista en el artículo 223 de la Ley 1437 de 2011 escrito en el que coadyuva la demanda[2], en el cual solicita la nulidad de la norma acusada con sustento en las mismas razones de derecho expresadas por el demandante.

La demanda se notificó debidamente a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (hoy MINISTERIO DE SALUD) y fue contestada a través de apoderado judicial, quien para oponerse a sus pretensiones expresó:

i) Que el Ministerio de Salud y Protección Social tiene la facultad de señalar las disposiciones y el procedimiento relativo a la autorización y pago de los recobros ante el FOSYGA (cuenta sin personería jurídica adscrita a esta cartera ministerial) y debe además ejercer la dirección y control integral de dicho Fondo y garantizar el cumplimiento y desarrollo de sus objetivos.

ii) Que con la expedición del Decreto 1865 del 6 de septiembre de 2012 no se excedió la potestad reglamentaria, pues en ningún momento se desdibujó el procedimiento para saneamiento de cuentas de recobros contemplado en el artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012, norma ésta que además prevé una situación jurídica de manera general y

[2] Folios 102 a 106 del expediente.

expresamente autoriza al Ministerio de Salud y Protección Social a que fije los lineamientos o procedimientos orientados a la solución de los recobros y reclamaciones.

iii) Que la renuncia al cobro de los intereses es una consecuencia de la nueva oportunidad ofrecida a la entidad recobrante dada la situación inicial negativa de la primera auditoría integral que dio como resultado el no pago del recobro primigenio, nueva oportunidad que no puede premiar al recobrante reconociéndole intereses sobre la suma de recobro glosada y consecuencialmente castigar al FOSYGA, cuyos dineros tienen una destinación social de alto impacto y sensibilidad para la atención en salud de los asociados y que deben ser manejados con eficiencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la C.P. y el artículo 2º de la Ley 100 de 1993.

iv) Que al presentarse divergencia respecto de la existencia del derecho de recobro no puede hablarse en estricto sentido de mora en la obligación del reconocimiento y pago de éste a la entidad recobrante, como quiera que no se ha consolidado el derecho, no ha nacido a la vida jurídica en forma clara, expresa y exigible, elementos que establece la ley para darle el carácter de exigibilidad a través de un título ejecutivo mediante el conjunto de documentos que tienen esa vocación jurídica.

v) Que la relación jurídica que surge entre el Ministerio de Salud y Protección Social- Fosyga, con base en los recobros que presentan las E.P.S.- E.O.C. por servicios de salud no contemplados en el plan de beneficios pagados por éstas a las LP.S. y/o proveedores, no tiene como causa un contrato, es decir, no existe relación contractual entre el

Ministerio y las E.P.S. - E.O.C. para el pago de recobros por prestaciones no incluidas en el plan obligatorio de salud.

vi) Que la obligación de pago de los servicios recobrados tiene fuente en una relación legal y reglamentaria (Ley 100 de 1993 y demás normas reglamentarias y complementarias) y se funda en el principio de solidaridad, y de ella no se puede generar un desequilibrio o equilibrio financiero como se alega en la demanda.

vii) Que cuando se presenta divergencia recurrente en la aplicación de glosas a los recobros no hay negligencia del Estado sino una discusión o conceptualización diversa de los criterios de procedencia de pago por servicios de salud No POS, lo que dista mucho de ser un proceder de mala fe de la Administración, como equivocadamente lo entiende el actor.

2. TRÁMITE DE LA INSTANCIA

- Mediante auto del 18 de enero de 2013 se admitió la demanda y se dispuso su notificación y traslado a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social (hoy Ministerio de Salud) al Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 171 y 192 del C.P.A.C.A. y en el artículo 612 del C.G.P., tal como consta a folios 97 a 101 del expediente.

- Mediante auto de 13 de junio de 2013 se reconoció como coadyuvante del demandante a la ciudadana Mónica Alexandra Lombana Rodríguez.

- Mediante auto del 3 de septiembre de esta misma anualidad se fijó fecha y hora para la realización de la Audiencia Inicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 181 del C.P.A.C.A.

- El día 20 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la Audiencia Inicial, en la cual se realizó el saneamiento del proceso; se estableció que no era necesario adoptar ninguna decisión en materia de excepciones previas o mixtas por no haber sido propuestas; se realizó la fijación del litigio; se decidió omitir la práctica de pruebas teniendo en cuenta que la controversia planteada es de puro derecho y con los documentos allegados con la demanda se puede adoptar una decisión de fondo. Finalmente, se concedió a las partes e intervinientes la oportunidad de presentar sus alegatos por escrito de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 181 del CPACA.

- Dentro del término para alegar de conclusión, el Ministerio Público, la apoderado de la entidad demandada y el actor radicaron los escritos de alegatos visibles a folios 163 a 167, 168 a 176 y 177 a 190 del expediente, respectivamente.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de diez (10) días previsto en el inciso final del artículo 181 del CPACA, se presentaron los siguientes alegatos:

3.1.- Ministerio Público: Luego de resumir las actuaciones adelantadas en el curso de la instancia y de referirse a los fundamentos de la demanda y su contestación, el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa conceptuó que se deben denegar las pretensiones de la demanda por considerar que ésta adolece de un defecto consistente en que el concepto de violación no guarda relación con la disposición que el actor señaló como demandada, esto es, el numeral 3 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2003.

3.2.- Parte demandada: La apoderada de la Nación – Ministerio de Salud reiteró en lo esencial las razones de defensa expuestas en la contestación de la demanda.

3.3.- Parte actora: Reiteró los fundamentos de la demanda.

4. CONSIDERACIONES

4.1.- El acto administrativo acusado.

En consideración a lo manifestado por el Ministerio Público en su concepto de fondo, es pertinente señalar que en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, practicada en este proceso el pasado

20 de septiembre de 2013, se abordó el tema relativo a la disposición acusada en este proceso a efectos de la fijación del litigio y se precisó: **i)** Que la demanda se dirigió contra el numeral 3 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012; **ii)** Que por Auto de 18 de enero de 2013 ésta se admitió contra dicha disposición; **iii)** Que el Ministerio de Salud y Protección Social (hoy Ministerio de Salud) en la contestación de la demanda expresó que el texto de la norma acusada transcrito por el actor no corresponde al numeral 3 sino al numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012 y concretó sus argumentos a la defensa de esta norma; y **iv)** Que al examinar el texto de la norma acusada transcrito en la demanda y verificarlo en la copia del acto acusado publicado en el Diario oficial núm. 48.546 del 6 de septiembre de 2012 acompañado a ésta se advierte que en efecto la disposición acusada corresponde realmente al numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012.

En consecuencia, en la audiencia inicial el Despacho del Magistrado Ponente al fijar el litigio precisó que **la disposición acusada es el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012** *"Por el cual se reglamenta el artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012"*[3], expedido por el Gobierno Nacional, norma cuyo tenor es el siguiente:

> "Artículo 3. Condiciones para el trámite de las divergencias recurrentes. El Representante Legal de la entidad recobrante que se acoja al trámite establecido en el presente decreto, deberá diligenciar para cada periodo de radicación, los formatos que para el efecto defina el Ministerio de Salud y Protección Social, en los que se verificará la siguiente información:
> […]

[3] Según se observa en su epígrafe el Decreto 1865 de 2012 fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, *"en especial, las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012".*

> **2. Que se renuncia expresamente al cobro de intereses, así como de otros gastos, independientemente de su modalidad y denominación frente a los recobros que se radiquen en virtud de lo previsto en el presente decreto.**
> […]".

4.2.- El problema jurídico a resolver

El objeto del presente litigio, de acuerdo con la fijación que se hizo en la audiencia inicial celebrada el 20 de septiembre de 2013, consiste en determinar 1) Si el artículo 122 del decreto-Ley 019 de 2012 confiere al gobierno nacional atribuciones suficientes para expedir, en ejercicio de la potestad reglamentaria, la regulación prevista en el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012; y 2) Si lo dispuesto en el numeral demandado desconoce el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la C.P. y el equilibrio financiero contractual de que tratan los artículos 5 y 27 de la Ley 80 de 1993.

4.3.- Análisis crítico de las pruebas allegadas al proceso

El actor allegó con su demanda una copia del Decreto 1865 de 2012 *"Por el cual se reglamenta el artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012"*, expedido por el Gobierno Nacional. De acuerdo con el artículo 1º de esta norma su objeto es reglamentar el saneamiento de cuentas por recobros cuando se presenten divergencias recurrentes generadas por las glosas aplicadas en la auditoría integral a los recobros presentados por las entidades recobrantes ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA, así como disponer la aplicación por una única vez dicho procedimiento

para aquellos recobros que a la entrada en vigencia del Decreto-Ley 019 de 2012 hubieren surtido la auditoría integral culminando con estado glosado por considerar que la tecnología en salud se encontraba incluida en el POS.

En el artículo 2º de este decreto reglamentario se dispone que para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 122 del Decreto -Ley 019 de 2012 se entiende por *divergencias recurrentes* las diferencias conceptuales entre más de una entidad recobrante y el Ministerio de Salud y Protección Social -Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA, respecto de las glosas que por cualquier causal hayan sido aplicadas a las solicitudes de recobro en más de un período de radicación.

De otro lado, en el artículo 3º parcialmente acusado, bajo el título de *"Condiciones para el trámite de las divergencias recurrentes"*, se prevé que el representante legal de la entidad recobrante que se acoja al trámite establecido en el Decreto 1865 de 2012, deberá diligenciar para cada periodo de radicación los formatos que para el efecto defina el Ministerio de Salud y Protección Social, en los que se verificará la siguiente información: 1) Que se acoge al trámite de divergencias recurrentes; 2) *Que se renuncia expresamente al cobro de intereses, así como de otros gastos, independientemente de su modalidad y denominación frente a los recobros que se radiquen en virtud de lo previsto en el presente decreto;* 3) Que se autoriza descontar del valor total que se llegue a aprobar, el monto correspondiente al costo de la auditoría integral que se realice frente a la totalidad de recobros que se presenten; 4) Que se certifica que los recobros presentados no han sido objeto de pago; 5) Que se certifica

que los recobros no hacen parte de procesos judiciales en curso o de procesos respecto de los cuales se haya proferido sentencia y ésta se encuentre debidamente ejecutoriada sea o no favorable a la entidad recobrante; 6) Que se certifica que los recobros no hacen parte de conciliaciones ya aprobadas o que estén en curso; y 7) Que se autoriza el giro directo del valor total que se llegue a aprobar con la presente medida, a favor de las Instituciones Prestadoras de Salud habilitadas.

El trámite para la solución de las divergencias recurrentes y el plazo para estudiar y decidir las solicitudes de recobros está reglamentado en los artículos 4º y 7º ibídem, respectivamente.

En el artículo 5º del Decreto 1865 de 2012 se dispone además que el Ministerio de Salud y Protección Social deberá definir los términos, requisitos, formatos y períodos de radicación que las entidades recobrantes deberán cumplir y diligenciar para la aplicación del mecanismo dispuesto en el artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012.

El Ministerio de Salud y Protección Social (hoy Ministerio de Salud) allegó al expediente los antecedentes administrativos, en que se incluye un documento con observaciones al proyecto de decreto y una memoria justificativa de éste, en el que se estudian los siguientes ítems: análisis de las normas sobre competencia, vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada, antecedentes y razones de oportunidad y conveniencia que justifican su expedición, ámbito de aplicación del decreto y los sujetos a los que se dirige, viabilidad jurídica, disponibilidad presupuestal, impacto

medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la nación y consultas, publicidad y seguridad jurídica.

4.4.- Análisis del caso

Visto el contenido de la demanda y su contestación, así como los alegatos de conclusión presentados por las partes e intervinientes, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, procede a dictar sentencia de fondo en este proceso, previas los siguientes razonamientos:

4.4.1. Aduce el demandante como **primer cargo** que a través de la norma acusada el Ejecutivo adoptó una regla que desborda el contenido y alcance del artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2002, objeto de reglamentación, pues esta disposición no estableció como parámetro dentro del procedimiento a seguirse en caso de divergencias recurrentes que la entidad recobrante renunciara al cobro de intereses así como de otros gastos independientemente de su modalidad y denominación frente a los recobros.

4.4.2. Para determinar si la citada norma legal confiere al Gobierno Nacional atribuciones suficientes para expedir, en ejercicio de la potestad reglamentaria, la regulación prevista en el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012, es preciso señalar en primer lugar cuál es el contenido del artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012.

El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades facultades extraordinarias conferidas por el parágrafo 1º del artículo 75 de la Ley

1474 de 2011, expidió el Decreto Ley 019 de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Entre estas normas se encuentra el artículo 122 en el cual se establece el procedimiento para el saneamiento de las cuentas por recobros ante el FOSYGA, en los siguientes términos:

> "**Artículo 122. Procedimiento para saneamiento de cuentas por recobros.** Sin perjuicio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos establecidos en la ley, cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo. En estos casos, el costo de la nueva auditoría integral deberá ser sufragado por la entidad recobrante.
>
> Cuando la glosa se origine en la inclusión en el POS de las tecnologías en salud recobradas al FOSYGA, se aplicará el concepto que para el efecto expida la Comisión de Regulación en Salud CRES, quien será la competente para determinar en forma definitiva si se encuentran o no incluidas, tanto para lo contenido en las normas expedidas por esa Comisión como para lo previsto en normas anteriores. Emitido el concepto de la CRES y efectuada la auditoría integral, en caso de ser favorables, se procederá al trámite de pago.
>
> Para los recobros que a la entrada en vigencia del presente Decreto ley ya surtieron la auditoría integral y cuya glosa se aplicó por considerar que la tecnología se encontraba incluida en el POS, se aplicará por una sola vez, dentro del año siguiente contado a partir de la vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo."

Esta norma legal, según se observa, autoriza al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, para establecer los lineamientos o procedimientos orientados a su solución de los recobros

ante el FOSYGA que allí se refieren, los cuales serán procedentes luego de una nueva auditoría integral que debe sufragar la entidad recobrante y siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo.

4.4.3. La potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido material o alcance[4].

El artículo 189 numeral 11° de la Constitución Política de manera expresa asigna dicha potestad reglamentaria al Presidente de la República, quien como primera autoridad administrativa del orden nacional está facultado

[4] Ha precisado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que si bien el sistema configurado por la Constitución Política de 1991 atribuyó la titularidad de la potestad reglamentaria al Presidente de la República, según lo refleja el numeral 11 de su artículo 189, no es menos cierto que la propia Carta también se encargó de radicar, de manera precisa, la potestad de producción de actos normativos de efectos generales y de carácter reglamentario en otros órganos constitucionales ubicados dentro de la Rama Ejecutiva (como por ejemplo los Ministerios) y aun fuera de ella. Esta facultad de expedir actos generales, en el caso de los Ministerios, se ejerce en todo caso, frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con criterio residual y subordinado. Entre otras sentencias, en la Corte Constitucional, ver las siguientes: C-805 de 2001; C-917 de 2002; C-1005 de 2008; C-372 de 2009 y C-748 de 2011. Y del Consejo de Estado, entre otras, las Sentencias de la Sección Tercera de 14 de agosto de 2008, proferida en el expediente con radicado núm. 11001-03-26-000-1999-00012-01(16230), C.P. Mauricio Fajardo Gómez y 7 de octubre de 2009, proferida en el expediente núm. 11001-03-26-000-2000-08448-01(18448), C.P. Enrique Gil Botero.

para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

El propósito único de esta potestad, tal como lo ha precisado esta Sección[5], es posibilitar la debida ejecución de las leyes *(incluyendo dentro de ellas las normas que tienen fuerza de ley)*, mediante la precisión y puntualización de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y de aquellos aspectos concretos que son indispensables para garantizar su cabal cumplimiento y ejecución. Al hacer uso de esa potestad el Ejecutivo tiene como finalidad hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia.

La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, so pretexto de hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de reducir o extender lo que en ella se dispone.

El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar y su extensión dependerá de la forma así como del detalle con que la Ley reguló los temas correspondientes. Es decir, que el ejercicio de esta potestad por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos: si los ordenamientos

[5] Consejo de Sección Primera, Sentencia de 2 de septiembre de 2010, proferida en el proceso con radicado núm. 11001-03-24-000-2007-00265-00, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

expedidos por el Congreso suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles[6].

4.4.4. Al examinar la normativa acusada a la luz de la disposición legal que le sirve de fundamento y de cara al alcance de la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República, encuentra la Sala que el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012 desconoce lo dispuesto en los artículos 189 núm. 11 de la C.P. y 122 del Decreto-Ley 019 de 2012, en consideración a que esta norma con fuerza de ley no le confiere al Gobierno Nacional facultad alguna para limitar o restringir el derecho que tienen las entidades del sector salud a la solución de los recobros que presenten ante el FOSYGA.

En efecto, analizada la disposición demandada, expedida con el propósito de reglamentar el artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012, que autoriza al Ministerio de Salud y Protección Social para establecer los *lineamientos o procedimientos* orientados a la solución de los recobros referidos en dicha norma, se aprecia que en ella el Gobierno Nacional más que señalar unas reglas que hagan operativa la actuación administrativa dirigida al pago de los recobros (relativas a la forma y términos de las solicitudes, etapas del procedimiento, examen de las solicitudes, oportunidad para decidirlas, etc.) lo que establece es un *requisito o*

[6] Consejo de Estado, Sección, Sentencia de agosto 21 de 2008, proferida en el expediente con radicado núm. 0295-04, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

condición sustancial[7] para acceder a ese derecho consistente en renunciar expresamente al cobro de intereses y otros gastos, condición que la ley objeto de reglamentación no prevé.

Se trata en efecto de una normativa en la que el Ministerio de Salud antes que precisar o puntualizar un detalle necesario para la correcta y debida aplicación de la ley se excede el contenido material mismo de ésta, al fijar, sin competencia para hacerlo, un requisito para tener derecho al pago de los recobros por divergencias recurrentes que el legislador extraordinario no estableció.

La potestad reglamentaria la debe ejercer el Gobierno exclusivamente para *"la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, hacer real por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreo practico"*[8]. Este propósito, sin embargo, no se vislumbra en este caso, pues mediante la norma acusada no se señala un lineamiento o procedimiento para la solución de los recobros sino que se consagra una exigencia o requisito para tener derecho a ellos, que desborda el marco trazado por el legislador para tales efectos.

Además, la normativa acusada al exigir a las entidades recobrantes la renuncia a sus derechos patrimoniales introduce una restricción al

---

[7] Precisamente el artículo 3º del Decreto 1865 de 2012, del cual hace parte el numeral censurado, se titula "Condiciones para el trámite de las divergencias recurrentes":
[8] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2008 (Exp. núm. 29393):

derecho de propiedad de éstas, lo cual es un asunto que corresponde regular exclusivamente el legislador.

4.4.5. En este orden, es claro que la norma demandada vulnera la normativa superior invocada en el primer cargo de la demanda, por lo cual la Sala declarará su nulidad, sin que sea necesario por esta razón examinar las demás acusaciones que formula el actor.

5.- Costas

Finalmente ha de resolverse lo relacionado con la condena en costas dado que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispuso que las sentencias proferidas en esta jurisdicción deben pronunciarse sobre ellas. En efecto, la citada norma establece lo siguiente:

> **"Artículo 188. *Condena en costas*.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el presente asunto fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad, el cual tiene por objeto la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, no hay lugar a proferir una condena en costas, pues el interés que mueve al actor al promover el presente proceso, no es otro distinto al de defender la prevalencia del principio de legalidad, el cual es de interés público.

En consonancia con lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012 *"Por el cual se reglamenta el artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012"*, expedido por el Gobierno Nacional.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS.

TERCERO: Una vez en firme esta decisión, procédase por Secretaría al archivo del expediente, dejando las constancias a que hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA