

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C. dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 110010324000200700034 00

AUTORIDADES NACIONALES

Actor: COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SERVICIOS DE
SALUD

Se decide la acción pública de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra el artículo 25 de la Resolución 2933 de agosto 15 de 2006, expedida por el Ministerio 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 fallos de tutela”.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

Solicita la parte actora que se declare la nulidad del artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006, expedida por el Ministerio de la Protección Social.

El artículo 25 de la Resolución 002933 de 2006 es del siguiente tenor:

RESOLUCIÓN 2933 DE 2006

(agosto 15)

Diario Oficial No. 46.377 de 31 de agosto de 2006

MINISTERIO 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.

**EL VICEMINISTRO TÉCNICO ENCARGADO DE LAS FUNCIONES DEL
DESPACHO DEL MINISTRO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

*en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por el
artículo 173 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2496 de 2006,*

RESUELVE:

(...)

ARTÍCULO 25. MONTO A RECONOCER Y PAGAR POR RECOBRO DE MEDICAMENTOS. *El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:*

a) *Medicamentos NO POS autorizados por Comité Técnico-Científico. El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y demás Acuerdos que los modifique o adicionen, autorizados por Comité Técnico-Científico, será la*

diferencia entre el valor facturado del medicamento suministrado y el valor calculado para el o los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico que se reemplaza(n) o sustituye(n).

Al valor resultante, se le descontará 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, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad;

b) *Medicamentos POS ordenados por fallos de tutela para afiliados del régimen contributivo que no han cumplido con los periodos mínimos de afiliación. El valor a reconocer y pagar por concepto de fallos de tutela que correspondan a medicamentos incluidos en los Acuerdos 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y demás Acuerdos que los modifiquen o adicionen en los cuales el afiliado del régimen contributivo no ha cumplido con los periodos de cotización necesarios para que la EPS o EOC garantice su total prestación, será el porcentaje equivalente a las semanas faltantes para cumplir el total de las requeridas según sea el caso (52 o 100 semanas). Este porcentaje se aplicará al valor facturado por el proveedor.*

Al valor resultante se le descontará 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, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

No habrá lugar al pago de medicamentos POS para actividades, procedimientos e intervenciones de los planes obligatorios de salud, por aspectos diferentes al contemplado en el presente literal, por encontrarse

ya reconocidos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la respectiva Unidad de Pago por Capitación, UPC.

c) Medicamentos NO POS ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones incluidas en los planes obligatorios de salud. El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en los Acuerdos 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y los demás Acuerdos que los modifiquen o adicionen para las actividades, procedimientos e intervenciones incluidos en los planes obligatorios de salud ordenados por fallos de tutela, será la diferencia entre el valor facturado del medicamento suministrado y el valor calculado para el o los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico que se reemplaza(n) o sustituye(n).

Al valor resultante, se le descontará 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, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud, será el 50% del valor facturado del medicamento. En estos eventos, no se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.”

Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, pide que se condene al Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, al restablecimiento del derecho a favor de SUSALUD por los siguientes conceptos económicos: 1) La diferencia entre lo pagado por SUSALUD a los proveedores de medicamentos y lo reembolsado por el MINISTERIO DE LA

PROTECCIÓN SOCIAL a través del Consorcio que administra sus recursos durante la vigencia de la norma impugnada en esta demanda, tanto por medicamentos ordenados vía Comités Técnico Científicos o sentencias de tutela, sin diferenciar si tienen o no sustituto o reemplazo en el mismo grupo terapéutico. 2) El lucro cesante en relación con las sumas solicitadas anteriormente, teniendo en cuenta el interés comercial máximo permitido por la ley, o subsidiariamente la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, de conformidad con las fechas de los pagos, con el valor pagado, y con lo que se debió pagar y, se ordene a la demandada el pago del 100% de las solicitudes de recobro teniendo en cuenta el 100% de lo pagado al proveedor por Comités Técnico y Científicos y por sentencias de tutela, tanto en medicamentos con sustituto o sin este, o con o sin reemplazo del mismo grupo terapéutico.

1.2. Hechos

De acuerdo con el texto de la demanda, se pueden resumir en los siguientes:

El Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2496 de 2006, facultades que en modo alguno pueden extenderse a la regulación de prestaciones y aspectos que se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS-, expidió la Resolución 2933 de 2006.

La Resolución 2933 de 2006 fue expedida por el Ministerio de la Protección Social sin facultades ni competencia para ello, pues el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, norma en la cual se basó el Ministerio para expedirla, en ningún momento le concede tales facultades, como se concluye de la simple lectura de la norma citada, pues la competencia para regular estas materias está radicada única y exclusivamente en cabeza del Consejo Nacional de

Seguridad Social en Salud, de conformidad con el artículo 172 de la Ley 100 de 1993.

SUSALUD ha venido presentando al Consorcio Administrador de los recursos del FOSYGA de conformidad con el procedimiento legal, los respectivos recobros por concepto de los medicamentos suministrados a los usuarios por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS), bien con o sin homólogo, hoy con sustituto o sin sustituto o reemplazo del mismo grupo terapéutico, originados tanto en el trámite de los Comités Técnico-Científicos como en decisiones de tutela.

El Consorcio Administrador de los recursos del FOSYGA en el trámite de las solicitudes de recobro se limita a pagar en la forma establecida en la norma impugnada o en la norma vigente en cada caso, sin expedir ni él, ni el Ministerio de la Protección Social acto alguno.

En el trámite de recobro no se generan actos administrativos y por lo tanto los perjuicios son ocasionados por la resolución impugnada, no obstante su carácter general y por ello es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se instaura mediante la presente demanda, todo lo cual se enmarca de manera precisa en los criterios establecidos por el Consejo de Estado para la procedencia de éste tipo de acciones con fundamento en la teoría de los Móviles y Finalidades.

El recobro de medicamentos consagrado en el artículo 25 de la Resolución No. 2933 de 2006, la cual es ilegal, pues los medicamentos con o sin homólogo deben ser asumidos en su totalidad por el Estado, ya que lo único que fue objeto de delegación en las EPS fue el POS.

La norma demandada cumple con una finalidad clara, que no es otra que pagar parcialmente a las EPS los medicamentos que se ordenan vía Comité Técnico Científicos y Sentencias de Tutela, al igual que ha ocurrido con las normas, sobre el tema, anteriores a la demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

La actora invoca como normas vulneradas los artículos 48, 49, 121, 366 de la Constitución Política; los artículos 156, 162, 172, 173, 177, 182 y 218 de la Ley 100 de 1993; el artículo 8 del acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; los artículos 2 y 8 del Decreto 806 de 1998.

En el concepto de la violación expuesto por la actora se indica que la seguridad social es un servicio a cargo del Estado y los particulares lo prestan únicamente en asocio con éste en los términos establecidos en la Ley; por ello, no le es permitido al Estado desplazar su responsabilidad en la prestación de dichos servicios en los particulares, quienes bajo el régimen actual sólo están obligados a asumir las prestaciones establecidas en el POS. En este mismo sentido, las prestaciones no incluidas en el POS, se trate de servicios o de medicamentos, son de exclusiva y total responsabilidad del Estado, y no han sido legalmente delegadas a los particulares, aún si se tratan de EPS.

La norma impugnada desconoce que la salud es un servicio público a cargo del Estado y que no puede desentenderse del mismo, salvo en lo que tiene que ver con el POS, de donde se desprende que por delegación expresa y, en consecuencia, el mecanismo consagrado en el artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006 para el recobro de medicamentos es nulo, toda vez que la suma que debe reconocer el Estado, siendo el responsable del

servicio es el 100% del medicamento, tenga este homólogo o no, ya que dichos medicamentos no están incluidos expresamente en el POS ni fueron obviamente tenidos en cuenta para determinar la Unidad de Pago por Capitación UPC.

El artículo 121 de la Constitución Política establece que *"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"*, resulta claro que no existe norma alguna que consagre competencia del Ministerio de la Protección Social para cambiar el alcance y contenido del POS, razón por la cual la norma impugnada adolece de nulidad por falta de competencia de dicho Ministerio para su expedición.

La norma impugnada constituye, ni más ni menos, que una modificación al POS, para lo cual no es competente el Ministerio, y no sólo eso, sino que además desconoce la estructura financiera del sistema, pues al calcular la Unidad de Pago por Capitación UPC, sólo se tuvieron en cuenta las prestaciones incluidas en el POS, razón por la que es imperativo concluir no solo la nulidad objetiva de la norma demandada, sino la falta de competencia del Ministerio para su expedición, situación que conlleva a la tipificación de un abuso o desviación de poder.

El Ministerio al establecer el mecanismo de recobro de medicamentos tanto por procedimientos de Comité Técnico Científico, como por sentencias de tutela, invadió competencias del Consejo Nacional de seguridad Social en Salud, previstas en la Ley 100 de 1993, modificó el POS, desconociendo el alcance la Unidad de Pago por Capitación y definiendo parcialmente medicamentos como integrantes del POS.

La dependencia existente desde el punto de vista financiero entre la **UPC** y la obligación de asumir las prestaciones incluidas en el POS por parte de las

EPS, dependencia que se desconoce en la norma demandada, implica no sólo su nulidad objetiva, ya que de no ser así se estaría frente al desequilibrio económico de la relación existente entre **EPS** y Estado, lo que constituye una fuente adicional de responsabilidad.

Ni el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ni el Ministerio de la Protección Social cuentan con facultades para la regulación de asuntos que rebasen las fronteras de la regulación específica del Plan Obligatorio de Salud POS, es decir, en modo alguno cuentan con competencias para dictar actos administrativos de carácter general que regulen prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud POS.

2. CONTESTACION A LA DEMANDA

El entonces Ministerio de Protección Social, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, con base en los siguientes argumentos:

La accionante carece de fundamento cuando afirma que la actuación administrativa desconoce lo establecido en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 el cual le asignó al CNSSS la función de determinar los criterios de utilización y distribución de los recursos del FOSYGA; pues lo dispuesto en la norma cuestionada no es un criterio de distribución de recursos, ya que simplemente establece aspectos o trámites a través de los cuales se da aplicación al procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de

prestaciones ordenadas a través de los comités técnico científicos y fallos de tutela.

Lo dispuesto en la resolución demandada no obedece a cosa distinta que la de prever el trámite y fijar los parámetros para efectos del cumplimiento, de las decisiones judiciales como de las decisiones emitidas por los referidos Comités Técnico Científicos que ordenan suministrar medicamentos no contemplados en el POS, de lo cual no le es dable sustraerse a ninguna autoridad, concluyendo así que la resolución controvertida no constituye el ejercicio de la función de fijar los criterios de distribución de los recursos del FOSYGA que siempre ha ejercido el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

A este respecto debe precisarse que teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 8 del Acuerdo 228 de 2002 y lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual el Fondo de Solidaridad y Garantía es una cuenta adscrita al hoy Ministerio de la Protección Social, sin personería jurídica, corresponde al Ministerio señalar las disposiciones y el procedimiento relativo a la autorización y el recobro ante el FOSYGA, de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico.

No debe olvidarse que no obstante ser el CNSSS, el Consejo de Administración del FOSYGA a quien corresponde determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos, es en todo caso el Ministerio de la Protección Social, al que se encuentra adscrito dicho Fondo, el que ejerce la Dirección y Control Integral del mismo y debe garantizar el adecuado cumplimiento y desarrollo de sus objetivos de conformidad con el artículo 5º del Decreto 1283 de 2000

Por lo tanto, si es con cargo a los recursos del FOSYGA, cuya dirección y control integral recae en el Ministerio de la Protección Social, que deben efectuarse los reconocimientos y reembolsos por los conceptos analizados, nada obsta para que sea éste quien determine las condiciones mínimas con sujeción a las cuales procederán reconocimientos económicos como los referidos a los medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de 2002. Con mayor razón aún si se tiene en cuenta que de conformidad con el Decreto 1283 de 2002, tanto la capacidad para contratar y comprometer, lo mismo que la ordenación del gasto, sobre las apropiaciones del FOSYGA estarán en cabeza del Ministro de la Protección Social o en quien este delegue.

Por tanto resulta equivocado afirmar que el establecimiento del procedimiento para el recobro ante el FOSYGA como consecuencia de fallos de tutela y Comité Técnico Científico, comporte la abrogación de una competencia que no le corresponde al Ministerio de la Protección Social, pues éste al expedir la Resolución acusada y las que le han antecedido, de la única facultad y competencia que hizo uso, fue de la de expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las EPS y demás entidades del SGSSS.

De otra parte, el demandante no estructura ningún cargo relativo a la violación de los mandatos constitucionales por él señalados. Lo que plantea es el derecho al reconocimiento del 100% de lo pagado por medicamentos no incluidos en el POS bien sea como consecuencia de fallos de tutela o de autorización emitida por el Comité Técnico Científico, y por ende un presunto desequilibrio económico resultante del reconocimiento de un porcentaje distinto del 100% del valor de los medicamentos NO POS suministrados en estos eventos: porcentaje del 100% en relación con el cual no está acreditado en ninguna parte, sea el que deba reconocerse, como tampoco

está demostrada la existencia de desequilibrio económico alguno en la relación existente entre el Estado y las EPS o la insuficiencia de la UPC.

El Ministerio de la Protección Social con la expedición de la disposición demandada no hizo otra cosa que hacer uso de las facultades y competencias dadas por el marco normativo vigente y especialmente el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 y los requerimientos efectuados por la jurisprudencia constitucional sobre la materia, constituyéndose así como objeto primordial, garantizar los bienes sociales supremos de la vida y la salud de las personas, la fluidez de los recursos del SGSSS, su correcta utilización, que como ya se dijo no puede predicarse como lo hace de manera simple el demandante en un detrimento a sus intereses.

En síntesis, la norma demandada en ninguno de sus apartes establece obligación alguna no incluida en el Plan Obligatorio de Salud, a cargo de las EPS, sino que simplemente señala el monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

Por auto de 21 de noviembre de 2013 se ordenó dar traslado para alegar por el término de 10 días al Ministerio Público, quien guardó silencio y a las partes, quienes manifestaron en resumen lo siguiente:

- El demandante básicamente esgrimió los mismos argumentos indicados en el escrito de la demanda, y se pronunció adicionalmente, haciendo un análisis de la sentencia del Consejo de Estado de 4 de septiembre de 2008,

en la que se declaró la nulidad del artículo 3 de la Resolución 2312 de 1998, la cual guarda una estrecha similitud con la norma que ahora se demanda. Igualmente indicó que la defensa del demandado nunca estuvo encaminada a desvirtuar la violación de normas superiores sino que se limitó a exponer sin fundamento fáctico, jurídico ni técnico, los supuestos motivos de conveniencia de su decisión.

Además la parte actora analizó en su escrito de alegatos los testimonios decretados en el trámite del proceso así como el dictamen pericial tendiente a determinar las cuantías a pagar por parte de la demandada y a favor de SUSALUD, resultante de una posible declaración de restablecimiento del derecho.

Finalmente solicita al Despacho se conceda las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del artículo 25 de la Resolución 2399 de 2006 y, en consecuencia se restablezca el derecho a la demandante, en los términos solicitados en la demanda.

- El Ministerio de Salud y Protección Social, presentó sus alegatos reiterando algunos de sus argumentos de la demanda y adicionalmente manifestó que a pesar de no ser la etapa procesal para presentar excepciones, pone de presente la excepción de cosa juzgada en el presente proceso, en consideración a que la Sección Primera del Consejo de Estado, en proceso 11001032400020060039200, mediante sentencia de 29 de abril de 2013, declaró la nulidad del último inciso del literal c) del artículo 25 de la Resolución No. 2933 de 2006.

Destaca que si bien es cierto el accionante demanda en su totalidad el artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006, también es cierto que las causales y argumentos que fundamentan su nulidad únicamente se dirigen a

atacar la legalidad del inciso que ya fue declarado nulo en la sentencia antes citada. Adicionalmente, señala que la resolución acusada ya no se encuentra vigente, ya que la misma fue modificada por la Resolución 3099 de 2008 y la Resolución 3754 del mismo año.

Finalmente hace un énfasis especial sobre la naturaleza y funciones del Consejo de Seguridad Social en Salud indicando que el artículo 171 de la Ley 100 de 1993, mediante el cual se creó este Consejo, lo instituyó con el carácter de “organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud de carácter permanente...” y le asignó una serie de funciones, que como no podía ser de otra manera, tratándose del organismo de dirección, constituyen un conjunto de funciones centrales, fundamentales, definitorias y determinantes para la operación y funcionamiento del sistema de salud, justamente por tener implicaciones fiscales y económicas algunas de ellas, e implicar un impacto definitivo sobre la calidad del servicio público de salud.

El Consejo Nacional de seguridad Social en Salud ha sido investido en esta materia de una función general y abstracta que resulta propia no de un organismo subordinado cualquiera, sino del máximo organismo de Dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en virtud de un mandato legal, que determina entre otros efectos, el carácter abstracto, general y obligatorio y con fuerza vinculante propia, de los actos expedidos por tal Consejo.

De esta manera, al tenor de lo expresado tanto en los artículos 171 y 172 de la Ley 100 de 1993 como de la sentencia arriba transcrita, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, constituye una autoridad administrativa, como organismo consultivo y de dirección que en forma autónoma, adopta las decisiones conferidas por la Ley con fuerza vinculante,

sin que pueda señalarse que sus decisiones constituyan una norma de inferior jerarquía a las expedidas por el Gobierno Nacional y menos aún que las mismas no pueden tener efectos vinculantes, obligatorios ni regulatorios frente a las EPS así sea en materias o asuntos que estén por fuera del POS, como es el caso de los medicamentos excluidos del POS.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Solicita la parte actora que se declare la nulidad del artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006 expedida por el Ministerio de la Protección Social, al considerar que esta entidad no solo no era competente para regular el monto a recuperar por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela, sino que, la actora, tiene el derecho de recuperar el 100% del valor del recobro por concepto de suministro de los medicamentos no incluidos en el POS, puesto que la norma pretende un pago parcial.

Si bien la parte demandada se manifiesta respecto de la derogatoria de la resolución demandada, como lo ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, el hecho de que el acto acusado haya sido derogado o subrogado por un acto posterior, no constituye motivo legal suficiente para abstenerse de realizar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, teniendo en cuenta los efectos que dicho acto pudo haber producido mientras estuvo vigente.

Previo al análisis de fondo de los cargos planteados por la demandante es necesario entrar a determinar si se configura, para el presente caso, el

fenómeno de la cosa juzgada y para ello se hará el estudio de cinco sentencias donde se demandó el acto que aquí se acusa.

Cosa Juzgada

1) Proceso radicado con el número 110010324000200600375-01

El acto aquí acusado fue demandado parcialmente ante esta Corporación, en acción de simple nulidad, correspondiéndole el radicado número 110010324000200600375-01¹, y definido por sentencia de 29 de abril de 2010, en la cual se decidió negar las pretensiones de la demanda.

Se estudiarán los requisitos establecidos en el artículo 175 del C.C.A a fin de establecer si se configura en el presente caso el fenómeno de la cosa juzgada:

"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".

En efecto, el proceso definido con anterioridad por sentencia de ésta Sala de 29 de abril de 2010, contra el acto acusado (parcialmente artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006), denegó la prosperidad de las pretensiones de la demanda; luego es necesario determinar oficiosamente si en este caso se presenta la cosa juzgada respecto de lo allí decidido, para lo cual la Sala considera necesario dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 267 del C.C.A, y evaluar los requisitos que para tal efecto consagra el artículo 332 del C. de P.C., los cuales son:

¹ Sentencia de 29 de abril de 2010, expediente No 110010324000200600375-01., Consejero Ponente; doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

- a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto.
- b) Que se funde en la misma causa anterior.
- c) Que en los procesos haya identidad jurídica de parte.

Respecto de la cosa Juzgada y el requisito de que en los procesos debe existir identidad jurídica de parte, se tiene en cuenta que la identidad jurídica de parte no es un requisito en los procesos de simple nulidad, así lo ha establecido la Sala en diferentes oportunidades con las siguientes consideraciones²:

“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.”

² Sentencia de octubre 21 de 2010, expediente No. 11001-03-25-000-2006-00388-00
Consejero Ponente; Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

En el presente proceso, a pesar de que la actora presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, fue admitida por esta corporación bajo la consideración de que la acción incoada era la de nulidad instituida en el artículo 84 del C.C.A., decisión plasmada en auto del Despacho Sustanciador de 19 de julio de 2007.

a). Para que se configure la cosa juzgada, respecto del primero de los requisitos mencionados, es decir, la identidad del objeto, resulta evidente que tanto en el proceso radicado bajo el No.110010324000200600375 como en el que ahora es objeto de decisión se solicita la nulidad del artículo 25 de la Resolución 2933 de 15 de agosto de 2006.

b). En lo que concierne al requisito de la identidad, “causa petendi juzgada”, como lo denomina el art. 175 del C.C.A., la cual consiste en que los motivos de nulidad alegados en ambos procesos sean los mismos, la Sala constata que las razones que sirvieron de fundamento para solicitar la nulidad del acto acusado en el primer proceso, no coinciden con los expuestos en el asunto sub-exámene ya que en aquel se enfoca la argumentación de la parte actora en el **no reconocimiento de la inflación** en los recobros 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, generando un desequilibrio en las EPS; en tanto que en el presente proceso se centra el debate en la falta de competencia del Ministerio de la Protección Social para expedir el acto acusado y el derecho que tienen las EPS de recuperar el 100% del monto por concepto de suministro de los medicamentos no incluidos en el POS.

Por lo tanto respecto del proceso radicado bajo el No. 110010324000200600375 no se configura la cosa juzgada.

2) Proceso radicado con el número 11001032500020060038800

Igualmente el artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006, fue demandado en el proceso radicado con el No. 110010325000200600388-00³ y fue definido por sentencia de 21 de octubre de 2010.

Dentro del mencionado proceso fue demandada y solicitada 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, ...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...”**.

En sentencia de 21 de octubre de 2010 se resolvió, 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 2948** de 2003, 2º literal b) inciso final de la **Resolución 2949** de 2003 y 19 literal b) de la **Resolución 3797** de 2004, y respecto del artículo 2º, literal b) inciso 1º de la **Resolución 2949** de 2003, y, **denegó las demás pretensiones de la demanda.**

³ Sentencia de 21 de octubre de 2010, expediente No. 11001032500020060038800, Concejero Ponente, doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

En efecto, de conformidad con el artículo 175 del C.C.A. el proceso definido con anterioridad por sentencia de ésta Sala de 21 de octubre de 2010 contra la Resolución 2933 de 2006, se denegó la prosperidad de las pretensiones, luego es necesario determinar oficiosamente si en este caso se presenta la cosa juzgada, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 267 del C.C.A, y evaluando los requisitos que para tal efecto consagra el artículo 332 del C. de P.C.

a). En relación con el requisito de la identidad del objeto, resulta evidente que tanto en el proceso radicado bajo el No. 1001032500020060038800 como en el que ahora es objeto de decisión se demanda la nulidad de la Resolución 2933 de 2006, específicamente en el primero de ellos se pretendió la nulidad total de la mencionada resolución y en el presente proceso tan solo se pretende la nulidad del artículo 25 de tal resolución, por lo que se configura la identidad de objeto respecto del proceso que ahora es objeto de análisis.

b). En cuanto a la identidad de la, “causa petendi juzgada”, como lo denomina el art. 175 del C.C.A., la cual consiste en que los motivos de nulidad alegados en ambos procesos sean los mismos, la Sala constata que el concepto de la violación que sirvió de fundamento para solicitar la nulidad del acto acusado en el primer proceso, coincide en esencia con los expuestos en el asunto sub-exámene.

En efecto, las normas violadas y el concepto de la violación aducido en el proceso No. 1001032500020060038800, definido mediante sentencia del

Consejo de Estado de 21 de octubre de 2010 fueron las siguientes, según la propia sentencia:

“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, ...”

“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.

“ ...

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

En el presente proceso se identificaron como violadas las siguientes normas:

Los artículos 48, 49, 121, 366 de la Constitución Política; los artículos 156, 162, 172, 173, 177, 182 y 218 de la Ley 100 de 1993; el artículo 8 del acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; los artículos 2 y 8 del Decreto 806 de 1998.

La parte actora argumenta en su concepto de la violación que el Ministerio de la Protección Social no era competente para regular las materias contenidas en los apartes demandados de la Resolución 2933 de 2006, ya que dicha competencia corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993; también argumenta que no se debió establecer como porcentaje del recobro de suministro de los medicamentos no incluidos en el POS el 50% de su valor, ya que crea un desequilibrio económico para las EPS quienes están obligadas solamente por el POS, por lo tanto el recobro debe ser del 100%.

Hasta lo aquí expuesto, podría concluirse que se está en presencia de la figura de la cosa juzgada, para el presente caso; sin embargo, de la lectura de las consideraciones de la sentencia no puede extraerse la suficiencia de la decisión respecto del cargo referente a la falta de competencia del Ministerio de Protección Social dentro del proceso que ahora es materia de decisión, dado que el aquí actor argumenta que, de conformidad con **los artículos 172 y 182** la competencia para regular la materia de los apartes demandados es del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

En efecto, en la sentencia proferida dentro del proceso 1001032500020060038800, que ahora se analiza para llegar a concluir o no la configuración del fenómeno de la cosa juzgada, se llega a la conclusión de que el Ministerio de Protección Social si tenía la competencia para expedir la norma que ahora se acusada, consideraciones desarrolladas con base en **el artículo 173** de la Ley 100 de 1993, como se puede observar:

“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 contra referencia.

*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.”*

Por lo anterior resulta, para el presente caso insuficiente el análisis requerido, respecto de la competencia para expedir las disposiciones acusadas en el presente proceso. Por lo anterior, la Sala deberá estudiar de fondo los argumentos de la parte actora, con los que pretende la nulidad lo demandado en este proceso.

3) Proceso radicado con el número 110010324000200700276

Finalmente, La Resolución 2933 de 2006 fue demandada ante esta Corporación, en acción de simple nulidad, correspondiéndole el radicado número 110010324000200700276⁴, y definido por sentencia de 7 de junio de 2007, en la cual se decidió declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada, respecto del cargo de falta de competencia del Ministerio de Protección Social para expedir la Resolución número 2933 de 15 de agosto de 2006 y denegar las pretensiones de la demanda, referente a los demás cargos.

En las consideraciones de la providencia anteriormente señalada se determinó la procedencia del fenómeno de la cosa juzgada para dicho proceso, respecto del proceso 110010325000200600388-00 definido por sentencia de 21 de octubre de 2010, indicando:

⁴ Sentencia de 7 de junio de 2012, expediente No 110010324000200700276, Consejera Ponente; doctora María Elizabeth García González.

“Ahora bien, en el caso de la demanda que culminó con la expedición de la sentencia de 21 de octubre de 2010 y la correspondiente al presente proceso, se solicita la nulidad total de la Resolución núm. 2933 de 2006, luego el objeto de ambas demandas es el mismo.

“...

“La causa principal de inconformidad con la totalidad de la Resolución núm. 2933 de 2006, en ambos casos, es la falta de competencia del Ministerio de la Protección Social, porque el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, que motivó este acto, no le dio dicha función a la entidad; la sentencia de 21 de octubre de 2010, una vez explicó cómo coexisten en el Sistema de Seguridad Social en Salud dos regímenes claramente diferenciados: uno de carácter contributivo y otro de carácter subsidiado, y previa citación de Jurisprudencia sobre el tema, negó la pretensión porque dicha entidad sí tenía competencia para expedir el acto, de conformidad con el mencionado artículo 173 de la Ley 100 de 1993.

Por las anteriores razones, la Sala mediante sentencia de 21 de octubre de 2010, negó la pretensión de declarar la nulidad de la Resolución acusada en dicho proceso (núm. 2933 de 2006), porque el Ministerio de la Protección Social sí tenía competencia para expedirla.

En el presente asunto se configura la excepción de cosa juzgada, en cuanto al cargo de falta de competencia del Ministerio de la Protección Social, como quiera que la sentencia de 21 de octubre de 2010, proferida por esta Sala, que decidió la acción de nulidad instaurada por los señores DIEGO MUÑOZ TAMAYO y HUGO ADOLFO HURTADO BEJARANO, denegando la nulidad de la Resolución núm. 2933 de 2006, analizó el mismo cargo de la demanda objeto de estudio en el expediente de la referencia.” (Subrayas y resaltado fuera de texto)

Y respecto de los demás cargos de la demanda consideró:

En cuanto a los demás cargos que la actora endilga contra la Resolución núm. 2933 de 2006, por transgresión a normas superiores, se tiene que aquélla no explica el alcance del concepto de la violación de todas las disposiciones que

apenas menciona, y su inconformidad en su extenso escrito se relaciona con las fallas y los riesgos del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Como se puede observar, en el caso del proceso 110010324000200700276 (definido por sentencia de 7 de junio de 2012) se declaró probado de oficio la excepción de cosa juzgada respecto del proceso 110010325000200600388 (definido por sentencia de 21 de octubre de 2010), en cuanto al cargo de falta de competencia del Ministerio de la Protección Social, como quiera que la sentencia de 21 de octubre de 2010, proferida por esta Sala analizó el mismo cargo de la demanda objeto de estudio en el expediente 110010324000200700276.

Dado que ya fue analizada, en el numeral anterior, la figura de la cosa juzgada para el proceso que aquí se examina y respecto del proceso 110010325000200600388 ha de concluirse que en este caso tampoco se configura el fenómeno de la cosa juzgada.

4) Proceso radicado con el número 110010324000200700269

El artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006 también fue demandado parcialmente ante esta Corporación, en acción de simple nulidad, correspondiéndole el radicado número 110010324000200700269⁵, y definido por **sentencia de 18 de octubre de 2012**, en la cual se decidió declarar de oficio la excepción de cosa juzgada respecto de la sentencia de 21 de octubre de 2010, mediante la cual esta Sección puso fin al proceso radicado con el No. 110010325000200600388 y se denegaron las demás pretensiones de la demanda.

⁵ Sentencia de 18 de octubre de 2012, expediente No. 110010324000200700269 Consejera Ponente; doctora María Claudia Rojas Lasso.

En las consideraciones de la providencia anteriormente señalada, es decir la sentencia de 18 de octubre de 2012, se determinó la procedencia del fenómeno de la cosa juzgada, indicando:

“ ...

*“a) Pese a que el demandante señaló formalmente que su pretensión es la nulidad del literal c) del artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006, en realidad **sólo cuestiona la expresión subrayada del último inciso** que establece que “el valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud, será el 50% del valor facturado del medicamento...”, pues a juicio del actor deben recibir el 100% de dicho valor.*

“ ...

“La Resolución No. 2933 de 15 de agosto de 2006 de la que hace parte la norma demandada en este proceso fue demandada en su integridad, junto con las demás resoluciones que le sirvieron de antecedentes en materia de recobros ante el FOSYGA dentro del proceso No. 11001-03-25-000-2006-00388-00, C. P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, decidido mediante sentencia de 21 de octubre de 2010.

“ ...

“De acuerdo con el texto transcrito de la sentencia que decidió el proceso No. 2006-00388-00 es claro que el objeto de la demanda que le dio origen es la nulidad de la totalidad de la Resolución No. 2933 de 15 de agosto de 2006 del Ministerio de la Protección Social de la cual hace parte el acto acusado en el sub – lite; y la causa petendi se formuló mediante acusaciones de falta de competencia del Ministerio de la Protección Social para proferirlo, puesto que la misma no le fue conferida por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 invocado como su fundamento ni podía extenderse a medidas de limitación del monto de los recobros que ampliaban las cargas de las administradoras de los recursos del sistema de seguridad social en salud.

“ ...

“Luego de examinar el texto de la sentencia que decidió el proceso No. 2006-00388-00 la Sala llega a la conclusión de que produce efectos de cosa juzgada respecto del proceso en estudio.

Lo anterior porque si bien la demanda que dio origen al presente proceso se formuló únicamente contra un aparte del artículo 25 de la Resolución 2933 de 15 de agosto de 2006 del Ministerio de la Protección Social que limita el

recobro de los medicamentos ordenados mediante fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas del POS, este artículo fue demandado en su integridad en la sentencia del proceso decidido, razón por la cual coincide el objeto de los dos procesos.

“Por otra parte, en el proceso decidido se cuestionaron en su integridad las limitaciones de los recobros a un 50 % del valor de los medicamentos en los distintos eventos en que éstos se ordenan mediante fallos de tutela, entre los cuales se encuentra el caso de los ordenados para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas del POS. Y además, en el proceso decidido se cuestionaron esas restricciones, al igual que en el proceso por decidir, por la presunta falta de competencia del Ministerio de la Protección Social para proferirlo y para limitar el monto de los recobros, por constituir una ampliación de las cargas de las administradoras de los recursos del sistema de seguridad social en salud que rompe con el equilibrio de la relación entre el Estado y las administradoras de recursos del sistema de seguridad social en salud.

“Como la causa y el objeto del proceso No. No. 2006-00388-00 decidido mediante sentencia desestimatoria son sustancialmente los mismos del proceso en estudio se declarará probada la excepción de cosa juzgada.”(Subrayas fuera de texto)

Y respecto de los demás cargos de la demanda consideró:

“El demandante afirmó que al establecer las condiciones de reembolso o recobros por medicamentos ordenados en acciones de tutela, la norma demandada desconoce el fuero de las autoridades judiciales al proferir fallos de tutela.

Este cargo no prospera porque parte del supuesto equivocado de que la norma demandada regula de algún modo las acciones de tutela o limita las facultades de las autoridades judiciales, lo cual no es cierto. La norma demandada se limita a regular el monto de las prestaciones que las EPS pueden cobrar al FOSYGA cuando han sido ordenadas por fallos de tutela, asunto que en nada limita los poderes de los jueces ni el trámite de la acción de tutela.”

En el caso del proceso **110010324000200700269** (definido por sentencia de 18 de octubre de 2012) se declaró probado de oficio la excepción de cosa

juzgada respecto del proceso 110010325000200600388 (definido por sentencia de 21 de octubre de 2010), en cuanto al cargo de falta de competencia del Ministerio de la Protección Social, como quiera que la sentencia de 21 de octubre de 2010, proferida por esta Sala analizó el mismo cargo de la demanda objeto de estudio en el expediente **110010324000200700269**.

Dado que ya fue analizada, en el numeral anterior, la figura de la cosa juzgada para el proceso que aquí se examina y respecto del proceso 110010325000200600388 ha de concluirse que en este caso, tampoco se configura el fenómeno de la cosa juzgada.

5) Proceso radicado con el número 110010324000200600392

En el proceso radicado con el número 110010324000200600392 fue solicitada la nulidad del inciso final del literal c) del artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006, proferida por el Ministerio de Protección Social. Por sentencia de 26 de abril de 2013⁶ de julio de 2010 se definió la controversia suscitada en el proceso anteriormente indicado, resolviendo:

“DECLÁRASE LA NULIDAD de los apartes resaltados y subrayados del artículo 25 y 26 de la Resolución No. 2933 de 2006 proferida por el Ministerio de la Protección Social mientras estuvo vigente, que a continuación se transcriben:

“...

“ARTÍCULO 25. MONTO A RECONOCER Y PAGAR POR RECOBRO DE MEDICAMENTOS. El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:

⁶ Sentencia de 26 de abril de 2013, expediente 10010324000200600392, Consejero Ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala.

“ ...

c)...

El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud, será el 50% del valor facturado del medicamento. En estos eventos, no se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

“ ...

En este proceso luego de analizar las funciones del Ministerio de Protección Social contenidas en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 y las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud contenidas en el artículo 172 ibidem, se concluye:

“Advertidas las disposiciones contenidas en la enunciada normativa, es posible concluir que en ellos se encierra una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSS. En tal orden, como el FOSYGA es una cuenta que si bien es cierto se encuentra adscrita al Ministerio de la Protección Social, también lo es que es administrada por el CNSS, quien de conformidad con el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 y 6° del Decreto 1283 de 1996 es el encargado de “...determinar[á] los criterios de utilización y distribución de sus recursos».

6.3.2.1.- En tal orden, el paso a seguir es verificar si las disposiciones que se acusan encierran medidas de distribución de los recursos del FOSYGA, a efectos de determinar la competencia del Ministerio o del CNSS. Pues bien, la primera disposición que se acusa es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 25. MONTO A RECONOCER Y PAGAR POR RECOBRO DE MEDICAMENTOS. El monto a reconocer y pagar por recobro de

medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:

(...)

El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud, será el 50% del valor facturado del medicamento. En estos eventos, no se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

(...)”

De la lectura de esta norma se advierte claramente la adopción de una medida de distribución de los recursos, en cuanto reconoce y ordena el pago de un porcentaje a las EPS cuando por virtud de un fallo de tutela se autoriza una actividad, procedimiento e intervención que se encuentre por fuera del POS.

De lo anterior se colige entonces, que el Ministerio de Protección Social no era competente para proferir el acto acusado, en cuanto la función relacionada con la distribución de los recursos es por disposición legal y reglamentaria del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

“ ...

Planteado como está el panorama y encontrando ya un argumento para despachar favorablemente las pretensiones, considera la Sala innecesario analizar los cargos de vulneración del derecho a la igualdad y del artículo 48 constitucional.”

En efecto, de conformidad con el artículo 175 del C.C.A. el proceso definido con anterioridad con sentencia de ésta Sala de 26 de abril de 2013, se declaró la nulidad de los apartes demandados del artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006, por lo que al respecto se configura el fenómeno de la Cosa Juzgada y así se declarará.

Caso concreto

Por lo anterior, y dado que en numeral segundo del título “Cosa Juzgada” de las consideraciones de esta providencia, se llegó a la conclusión de que para el presente caso resulta insuficiente el análisis realizado en la sentencia de 21 de octubre de 2010, respecto de la competencia del Ministerio de Protección Social para expedir las disposiciones acusadas, entra la Sala a estudiar de fondo los argumentos de la parte actora, con los que pretende la nulidad de lo demandado en este proceso, en lo que aún no ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, es decir el artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006, excepto el inciso final del literal c) de dicho artículo, del cual se declarará probada de oficio la excepción de cosa juzgada.

El actor básicamente considera que el artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006 fue expedida por el Ministerio de la Protección Social sin competencia para ello, pues el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, norma en la cual se basó el Ministerio para expedirla, en ningún momento le concede tales facultades, pues la competencia para regular estas materias está radicada única y exclusivamente en cabeza del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Para el estudio de este punto resulta necesario reiterar la sentencia dictada por ésta Sala el 8 de marzo de 2013, en la cual se declaró la nulidad de la expresión “50% del”, contenida en el literal b) del artículo 19 de la Resolución N° 3797 de 2004; en la cual se analiza igualmente la competencia del Ministerio de la Protección Social para expedir normas relacionadas con funciones administrativas de los recursos del FOSYGA y los criterios de utilización y distribución de dichos recursos. En aquella oportunidad se consideró:

“Es importante para tomar la decisión, tener en cuenta que con la aparición de

la acción de tutela y su impacto en el Sistema de Seguridad Social, se han venido expediendo por parte del Ministerio de la Protección Social diferentes disposiciones que reglamentan el monto a reconocer por el recobro de medicamentos al Fosyga, que no tengan un similar u homólogo dentro del listado, que distinguen entre los autorizados por los Comités Técnico-Científicos de las EPS, ARS y entidades adaptadas, entre ellas, la Resolución N° 2312 del 12 de junio de 1998 y la Resolución N° 2948 del 3 de octubre de 2003 que derogó la anterior y así como los medicamentos que se suministran en acatamiento de fallos de tutela, como es el caso de la Resolución N° 2949 de 2003.

Las Resoluciones N°s 2948 y 2949 de 2003, fueron derogadas con la entrada en vigencia de la Resolución 3797 de 2004 acusada, que las recogió en un único texto, como se observará más adelante.

Las Resoluciones N°s 2312 de 1998, 2948 de 2003 y 2949 de 2003 antes mencionadas que fueron expedidas por el Ministerio de la Protección Social, fueron demandadas separadamente en acción de nulidad, sobre lo cual se pronunció esta Sección ... mediante sentencias proferidas el 4 de septiembre de 2008⁷ la primera y las otras dos el 18 de junio de 2009⁸.

Si bien los citados fallos se expidieron, cuando las resoluciones antes citadas ya no estaban en vigencia, como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, el hecho de que el acto acusado haya sido derogado o subrogado por un acto posterior, no constituye motivo legal suficiente para abstenerse de realizar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, teniendo en cuenta los efectos que dicho acto pudo haber producido mientras estuvo vigente.

La Resolución N° 2312 de 1998, en su artículo 3° numeral 3 disponía, en cuanto al monto de los recobros de medicamentos no listados:

“ARTÍCULO 3°. Monto del recobro de medicamentos. El monto del recobro de medicamentos no listados en el Acuerdo 83, se hará sobre los siguientes cálculos:

“

⁷Rad. 2003-00327-01, C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade

⁸ Rad. 2004 00139 01 y 2004 00175 01 (Acumulados), C.P. Dr. Rafael Ostau de Lafont Pianeta y, Rad. 2004-00340, C.P. Dr Marco Antonio Velilla Moreno

3. **En caso tal que el medicamento no tenga un similar dentro del listado y su prescripción sea insustituible, el valor se reconocerá sobre el 50% del P.M.P. promedio vigente del total del tratamiento suministrado.** En todos los casos para la selección del medicamento similar prescrito fuera del listado y que se debe descontar, se tendrán como criterios indispensables el efecto terapéutico deseado y su origen farmacológico.

4. La diferencia de los productos enunciados en los numerales 1°, 2°, **o el valor resultante en el numeral 3°**, será el monto total del recobro.

....” (resaltada la parte demandada)

La sentencia del 4 de septiembre de 2008, declaró nulas las expresiones subrayadas, por considerar que introducen un desequilibrio en el Sistema, trátase de EPS o de ARS en cuanto consiente la compensación apenas parcial del precio de un medicamento no incluido en el POS porque la finalidad de la subcuenta de compensación es equilibrar a las EPS el desbalance que llegue a existir entre sus ingresos por cotizaciones y el monto de las unidades de pago por capitación reconocido por el Sistema, lo que no admite la existencia de estos desequilibrios, y que, si llegaren a existir, el CNSS es el encargado de compensarlo con los recursos del FOSYGA, lo que encierra una típica medida de administración de los recursos, cuyo manejo está reservado al Consejo Nacional de Seguridad Social; luego el Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social, no tenía competencia para expedir las disposiciones acusadas.

La Resolución 2948 del 3 de octubre de 2003, sobre el tema que se viene analizando, disponía en el literal b) del artículo 11:

“ARTÍCULO 11. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos. El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen adicionen o sustituyan, se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:

“.....

“b. El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en dicho Acuerdo, será el 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico-Científico según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto.

*Al valor resultante de los literales a) **y b)** del presente artículo, se le descontará el valor de la cuota moderadora que aplique al afiliado, y este total será el valor a pagar por el Fosyga". (se subraya la parte demandada)*

Mediante sentencia del 18 de junio de 2009, se declaró la nulidad de los apartes resaltados, por las mismas razones que dieron lugar a la expedición de la Resolución 2312 de 1998, es decir, porque el Ministerio de la Protección Social no era competente para expedir la norma, porque si se inspeccionan con detenimiento los numerales y párrafos del artículo 172 de la Ley 100 de 1994, se puede advertir sin mayor dificultad que en ellos se encierra una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSS y porque el FOSYGA es una cuenta que si bien se encuentra adscrita al Ministerio de la Protección Social, es administrada por el CNSS, quien debe determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos.(art. 218 de la Ley 100 de 1993 y art. 6° del Decreto 1283 de 1996).

La otra razón por la cual declaró nula la disposición demandada, fue porque consideró que está propiciando un desequilibrio económico, al obligar a las entidades que forman parte del sistema de seguridad social en salud, a asumir el 50% del costo de los medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de 2002, proferido por el CNSSS, pues de conformidad con lo dicho en el acápite anterior, el valor de los mismos no es tenido en cuenta al momento de determinar el monto de las Unidades de Pago por Capitalización -UPC-, a las cuales tienen derecho las EPS por cada afiliado o beneficiario. Dijo la sentencia:

"La Unidad de Pago por Capitalización refleja el costo de los servicios administrativos a cargo de las EPS y los costos que conlleva la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería. Uno de los presupuestos basilares del régimen jurídico de la seguridad social en salud está representado por el principio de eficiencia, lo cual explica que el Sistema no admita la existencia de desequilibrios económicos que puedan poner en riesgo la prestación y la continuidad de los servicios de salud, en términos de universalidad, oportunidad y calidad.

Lo anterior explica la razón por la cual el artículo 219 de la Ley 100 de 1993 estableció la subcuenta de compensación como parte del FOSYGA, la cual fue creada precisamente para evitar o conjurar situaciones de inestabilidad y desajuste económico que puedan llegar a comprometer la perdurabilidad del Sistema y afectar la prestación de los servicios que de él forman parte, cuando tales situaciones hayan tenido origen en el desbalance entre los ingresos percibidos

por concepto de las cotizaciones y el monto de las unidades de pago por capitación.”

En conclusión, el fallo del 18 de junio de 2009 declaró la nulidad de las disposiciones demandadas, al concluir que el Ministerio del ramo no era competente para proferir el acto acusado y que la norma demandada sí está propiciando un desequilibrio económico, al obligar a las entidades que forman parte del sistema de seguridad social en salud, a asumir el 50% del costo de los medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de 2002, proferido por el CNSSS.

Por su parte la Resolución 2949 del 3 de octubre de 2003 disponía:

*“Artículo 2°. Monto a reconocer y pagar por recobros **originados en fallos de tutela***

*b) el valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en el mismo, **será el 50% del valor de la cantidad del medicamento** según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el ministerio de la protección Social para tal efecto”.*

La Sección mediante providencia del 18 de junio de 2009, rad. 2004 -00340, resolvió no decretar la nulidad de la disposición pretranscrita porque señaló que en este caso hay un **recobro originado en un fallo de tutela**. Consideró esta sentencia:

“En lo que respecta al literal b), inciso 1°, del artículo 2°, acusado, debe denegarse la declaratoria de su nulidad.

*En efecto, la Sala en sentencia de 4 de septiembre de 2008, (Expediente núm. 2003-00327, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), reiterada en sentencia de 18 de junio de 2009 (Expedientes acumulados 2004-00139 y 2004-00175, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), al estudiar los artículos 3° de la Resolución núm. 2312 de 12 de junio de 1998 y 11, literal b), de la Resolución núm. 002948 de 3 de octubre de 2003, declaró la nulidad de los mismos, los cuales preveían **que en relación con medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS, sin homólogo, el monto a pagar sería del 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico Científico, según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto**, por cuanto consideró la Sala que tal disposición introducía un desequilibrio en el sistema de seguridad social, amén de que encerraba una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA cuyo manejo estaba reservado al CNSSS; y que en dicho valor no se tiene en cuenta al momento de determinar el monto de las unidades de pago por capitación, a las cuales tienen derecho las EPS por cada afiliado o beneficiario.*

Ahora, en el caso de la disposición en estudio no son válidas las anteriores consideraciones, habida cuenta de que dicha disposición está referida al **MONTO A RECONOCER Y PAGAR POR RECOBROS ORIGINADOS EN FALLOS DE TUTELA**, lo cual determina una situación fáctica totalmente diferente de la que se tuvo en cuenta en las precitadas sentencias, **cuyas normas anuladas no guardaban relación con recobros originados en fallos de tutela.** Por ende, las consecuencias jurídicas deben ser distintas, ya que, como se verá más adelante, precisamente, lo que se trata de evitar es que los usuarios de la salud no se vean avocados a acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de su derecho a la salud y a la vida, lo que encuentra plena justificación en cuanto a que el reconocimiento del valor a pagar sea parcial”.

Ahora bien, la disposición aquí acusada, contenida en el literal b) del artículo 19 de la Resolución N° 3797 del 11 de noviembre de 2004 transcrito en precedencia, reguló las dos situaciones que se demandaron y se resolvieron separadamente en las sentencias citadas, a saber:

1. Que el valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en dicho Acuerdo será el 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico-Científico, y
2. Que el valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en dicho Acuerdo será el 50% del valor de la cantidad del medicamento ordenado en fallo de tutela.

En relación con la primera de las situaciones, la Sala reitera la jurisprudencia expuesta en los fallos del 4 de septiembre de 2008 y del 18 de junio de 2009, que dispusieron la nulidad del literal b) del artículo 11 de la Resolución 2948 de 2003, por las mismas razones allí expuestas, es decir, **por falta de competencia del Ministerio de la Protección Social** y por el desequilibrio económico que se crea al obligar a las entidades que forman parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, a asumir el 50% del costo de los medicamentos no incluidos en los respectivos Acuerdos, proferidos por el CNSSS.

En cuanto a la falta de competencia, se tiene que, en efecto, el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, dispone:

ARTICULO 172. Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:

1. Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro.

2. Definir el monto de la cotización de los afiliados del Sistema, dentro de los límites previstos en el artículo 204 de esta Ley.
3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación según lo dispuesto en el artículo 182 del presente libro.
4. Definir el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud.
5. Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud.
6. Definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60 de 1993.
7. Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente Ley.
8. Definir el régimen que deberán aplicar las entidades promotoras de salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo.
9. Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.
10. Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el Gobierno Nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgos catastróficos, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.
11. Reglamentar los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud.
12. Ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía.

“ ... ”

Como bien lo dijo el fallo del 18 de junio de 2009, rad. 2004 0013901 y 2004 00175 (acumulados) si se inspeccionan con detenimiento los numerales y parágrafos de la disposición transcrita, se puede advertir sin mayor dificultad que en ellos se encierra una típica medida de

administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSSS y que si bien esta es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, es administrada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Además al tenor del artículo 218 de la Ley 100 de 1993 quien debe determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos, es el CNSSS; dispone esta norma:

“ARTÍCULO 218. CREACIÓN Y OPERACIÓN DEL FONDO. Créase el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos”.

De lo anterior se colige entonces, que el Ministerio del ramo no era competente para proferir el acto acusado.

Por las razones expuestas, se declarará la nulidad de la expresión “50% del” contenida en el artículo 19 literal b) de la Resolución N° 3797 del 11 de noviembre de 2004.

Respecto de la segunda situación presentada en la norma acusada, esto es, en cuanto a que el valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo, deba ser el 50% del valor de la cantidad del medicamento ordenado en fallo de tutela, por las mismas razones antes expuestas, la Sala declarará su nulidad.

En efecto, como ya lo dijo la Sala, el Ministro de la Protección Social no era competente para expedir normas relacionadas con funciones administrativas de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSSS de conformidad con el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 y que si bien esta es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, es administrada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, luego la disposición por el sólo hecho de haber sido expedida por una entidad que no tenía competencia para ello, al tenor del artículo 84 del C.C.A. debe ser declarada nula.

Si bien es cierto que la Ley 1122 de 2007 declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-463 del 14 de mayo de 2008, en la

cual se soportó la sentencia proferida el 18 de junio, rad. 2004 00340 01, en su artículo 14 dispuso algunos criterios para establecer el monto que deben pagar las EPS y el Fosyga por el costo de los medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, lo cierto es que es una norma expedida con posterioridad a la Resolución que en la presente se analiza, N° 3797 del 11 de noviembre de 2004, que como ya se dijo, fue expedida por el Ministerio de la Protección Social, sin tener competencia para ello, motivo suficiente para declarar su nulidad.”

(Subrayas fuera de texto)

Más recientemente, en jurisprudencia analizada en el presente caso (Proceso radicado con el número 110010324000200600392, sentencia de 26 de abril de 2013, Consejero Ponente Dr. Guillermo Vargas Ayala), también se llegó a la conclusión establecida en la sentencia anteriormente transcrita considerando:

“Advertidas las disposiciones contenidas en la enunciada normativa, es posible concluir que en ellos se encierra una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSS. En tal orden, como el FOSYGA es una cuenta que si bien es cierto se encuentra adscrita al Ministerio de la Protección Social, también lo es que es administrada por el CNSS, quien de conformidad con el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 y 6° del Decreto 1283 de 1996 es el encargado de “...determinar[á] los criterios de utilización y distribución de sus recursos».

6.3.2.1.- *En tal orden, el paso a seguir es verificar si las disposiciones que se acusan encierran medidas de distribución de los recursos del FOSYGA, a efectos de determinar la competencia del Ministerio o del CNSS. Pues bien, la primera disposición que se acusa es del siguiente tenor:*

ARTÍCULO 25. MONTO A RECONOCER Y PAGAR POR RECOBRO DE MEDICAMENTOS. *El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:*

(...)

El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud, será el 50% del valor facturado del medicamento. En estos eventos, no se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

(...)”

De la lectura de esta norma se advierte claramente la adopción de una medida de distribución de los recursos, en cuanto reconoce y ordena el pago de un porcentaje a las EPS cuando por virtud de un fallo de tutela se autoriza una actividad, procedimiento e intervención que se encuentre por fuera del POS.

De lo anterior se colige entonces, que el Ministerio de Protección Social no era competente para proferir el acto acusado, en cuanto la función relacionada con la distribución de los recursos es por disposición legal y reglamentaria del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

Las disposiciones demandadas en el presente proceso, contenidas en el artículo 25 de la Resolución 2933 de 15 de agosto de 2006, corresponden a criterios de utilización y distribución de recursos del FOSYGA, en efecto, el encabezado del artículo parcialmente demandado, señala que “El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este de la siguiente forma:...”, y el contenido de los apartes demandados se refieren a la forma y el modo de compensación del precio de los medicamentos que fueran asumidos por las EPS, ARS o EOS; compensación que estaría a cargo del FOSYGA, normas estas que comprenden medidas de administración de los recursos de dicho fondo.

Por todo lo anterior, prohíja la Sala las sentencias anteriormente transcritas, en el sentido de que el Ministerio de la Protección Social no era competente para expedir normas relacionadas con funciones administrativas de los

recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al Consejo Nacional de Seguridad Nacional en Salud de conformidad con el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 que prevé que “...El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinara los criterios de utilización y distribución de sus recursos”. Y que si bien, al tenor de la misma norma, el FOSYGA es una cuenta adscrita al ahora Ministerio de Salud y Protección Social, su administración corresponde al CNSSS, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, cuando al establecer las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el numeral 12) indica: “Ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía”. Por lo anterior, el Ministerio de Protección Social no era competente para expedir las normas acusadas por lo que habrá de declararse su nulidad.

La Sala llega a la conclusión de que en sentencia de 21 de octubre de 2010, se analizó la competencia del Ministerio de Protección Social, de conformidad con el cargo planteado por el actor del aquel proceso, es decir respecto de las funciones específicas para el Ministerio de Protección Social contenidas en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, como se observó del análisis anterior existe norma específica que entrega funciones específicas al **Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del cual hacia parte el Ministerio de Protección Social** (art. 171 de la Ley 100/93), **para administrar los recursos del FOSYGA estableciendo los criterios de utilización y distribución de dichos recursos.**

Ahora bien, respecto de la pretensión de restablecimiento del derecho solicitada por el demandante, como se estableció la demanda fue admitida por esta corporación bajo la consideración de que la acción incoada era la de nulidad instituida en el artículo 84 del C.C.A., decisión plasmada en auto

del Despacho Sustanciador de 19 de julio de 2007, dado que el acto acusado es de carácter general, impersonal y abstracto; además, del texto de las normas acusadas no se extrae un perjuicio directo para la parte actora por lo que no es dable el restablecimiento del derecho.

Por 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 y, en consecuencia, **ESTÉSE A LO RESUELTO** en la sentencia de 26 de abril de 2013, que decidió de la siguiente forma el proceso de nulidad radicado con el No. 110010324000200600392-00, con ponencia del señor Consejero Dr. Guillermo Vargas Ayala, respecto de la nulidad parcial del artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006, expedida por el Ministerio de la Protección Social:

***“DECLÁRASE LA NULIDAD** de los apartes resaltados y subrayados del artículo 25 y 26 de la Resolución No. 2933 de 2006 proferida por el Ministerio de la Protección Social mientras estuvo vigente, que a continuación se transcriben:*

***“ARTÍCULO 25. MONTO A RECONOCER Y PAGAR POR RECOBRO DE MEDICAMENTOS.** El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:*

“ ...

“c)...

“El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e

intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud, será el 50% del valor facturado del medicamento. En estos eventos, no se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad.

SEGUNDO. DECLÁRASE la nulidad del artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006, expedida por el Ministerio de la Protección Social, excepto el inciso final del literal c) de dicho artículo, respecto de la cual se ha declarado probada la excepción de cosa juzgada.

TERCERO. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre