

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Competencia para definir régimen de pagos compartidos / COSA JUZGADA - Efectos

Advierte la Sala que el cargo de falta de competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en salud para definir el régimen de pagos compartidos fue formulado contra el acto demandado en la demanda que dio origen al proceso de nulidad radicado con el No. 110010324000200500071 01, el cual fue decidido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante sentencia de 30 de octubre de 2008 que denegó las pretensiones. En el fallo mencionado se resumieron así las acusaciones: “Considera que mediante el Acuerdo 260 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se arrogó una facultad que por expreso y perentorio mandato legal le corresponde al Gobierno Nacional, pues aunque el artículo 172, numeral 7 de la Ley 100 de 1993 dice que es función de este comité definir el régimen de pagos compartidos, en el artículo 187 se lee que “Tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del CNSSS”; que aunque parece haber un conflicto de competencias, es solucionado por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887; y concluye que la competencia para reglamentar el tema es del Gobierno Nacional, en los términos del canon constitucional 115, y que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tan sólo tiene facultades para emitir un concepto previo. El texto transcrito pone en evidencia que las acusaciones de la demanda del proceso 110010324000200500071 01 coinciden con el cargo de falta de competencia del Consejo de Seguridad Social en Salud para definir el régimen de pagos moderadores (pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles). El fallo que puso fin al proceso comentado negó prosperidad a las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos: “Pues bien, el Acuerdo acusado fue expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud con fundamento en los artículos 187 y 172, numeral 7 de la Ley 100 de 1993; éste último dispone que corresponde al CNSSS “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”. La Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad del artículo 156, literal m) de la Ley 100 de 1993 y mucho antes de que se expidiera el Acuerdo 260 de 2004, declaró la inexecutable parcial del artículo 156, literal m) de la Ley 100 de 1993, en el aparte que se resalta a continuación: “Artículo 156 (...) “m) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a que hacen referencia los artículos 171 y 172 de esta Ley, es el organismo de concertación entre los diferentes integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sus decisiones serán obligatorias, podrán ser revisadas periódicamente por el mismo Consejo y deberán ser adoptadas por el Gobierno Nacional” De igual manera, en la misma sentencia declaró inexecutable el parágrafo 3 del artículo 172 de la Ley 100, artículo que atribuye al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el numeral 7 la función de “Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 Con fundamento en los cargos anteriores se declaró que el Consejo de Seguridad Social en Salud es competente para para reglamentar los pagos moderadores y se desestimaron las pretensiones de la demanda. De acuerdo con el artículo 175 del C. C. A., la sentencia que niegue la nulidad pedida “producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada”. En el presente caso es evidente que la causa petendi de la demanda decidida mediante la sentencia transcrita es la misma que ahora se estudia, por lo que procede declarar que dicha sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada “erga omnes”, y sus efectos se extienden a ésta y a todas aquellas demandas cuyo objeto sea obtener la nulidad del Acuerdo No. 260 de 4 de febrero de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud invocando la falta de competencia del dicho organismo para reglamentar los pagos moderadores.

**CUOTAS MODERADORAS - Objeto: racionalizar uso de servicios / CNSSS
FACULTAD DEL ESTADO - Competencia para definir pagos compartidos y
cuotas moderadoras**

El actor cuestionó la legalidad del artículo 6º ibídem que dispone que se aplicarán cuotas moderadoras a los servicios allí señalados y éstas deben pagarse en el momento de utilización de cada uno de los servicios en forma independiente, sin distinguir si quien requiere los servicios o bienes es cotizante o beneficiario, y del artículo 8º ibídem que establece que las cuotas moderadoras se aplicarán por cada actividad contemplada en el artículo 6º a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios con base en el ingreso del afiliado cotizante. Advierte la Sala que este cargo también fue formulado en la demanda de nulidad contra el Acuerdo 260 de 2004 que dio origen al proceso No. 110010324000200500071 01, ya decidido, en los siguientes términos: "...De otra parte, considera que el acto demandado viola los artículos 187 de la Ley 100 de 1993 y 2º, parágrafo de la Resolución 5261 de 1994, pues si de acuerdo con esta última el ingreso al Sistema General de Seguridad Social en Salud siempre será por el primer nivel de atención, esto es, la consulta médica u odontológica general, ya sea de urgencias o externa y que estos servicios son los que libremente demandan o solicitan los usuarios y, por ende, donde se puede presentar un uso irracional de los mismos, es evidente que los cotizantes tienen derecho legal, haciendo uso racional, a tener un número de consultas médicas u odontológicas al año exentas de cuotas moderadoras, las cuales, dice, podrían ser las dos de que habla el artículo 5º de la Resolución 5261 Afirma, entonces, que no es legal que haciendo un uso racional del recurso consulta externa médica general se le aplique cuota moderadora, como lo determina la parte final del artículo 13 del Acuerdo 260 y que, además, es absurdo que a servicios que no son de libre demanda por los usuarios y los cuales, en consecuencia, no pueden ser usados irracionalmente por ellos, se les apliquen cuotas moderadoras, caso de la consulta especializada, los medicamentos, exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico e imagenología, los cuales se derivan de la atención médica inicial u odontológica general. Menciona que el artículo 187 de la Ley 100 es muy claro en definir que para los afiliados cotizantes "estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema", lo que es desvirtuado por el acuerdo demandado, al imponer cuotas moderadoras a servicios que no pueden ser irracionalmente utilizados." Es evidente que entre los cargos del proceso decidido y los del sub - lite existen diferencias pues en aquél se citaron como violados los artículos 187 de la Ley 100 de 1993 y 2 (parágrafo) de la Resolución 5261 de 1994 por desconocer un presunto derecho a tener un número de consultas médicas u odontológicas al año exentas de cuotas moderadoras, tema que no hace parte del cargo formulado en el sub- lite. Otra diferencia es que en la demanda del proceso decidido se cuestionó en bloque el acuerdo demandado, mientras que en el sub - lite se cuestionaron algunos apartes específicos. No obstante esas diferencias, las demandas comparadas coinciden en cuestionar la posibilidad de que a los cotizantes se les cobre por servicios, medicamentos, tratamientos y exámenes de diagnóstico ordenados por la EPS con posterioridad a la consulta de acceso al servicio. Advierte la Sala que la autonomía relativa conferida a las EPS para definir la frecuencia de cobro de cuotas moderadoras y copagos no constituye una renuncia del Estado respecto de su deber de definir el régimen de pagos moderadores de que trata del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, quien de hecho la ejerció al regular detalladamente en el acuerdo demandado algunas materias propias de dicho régimen y limitó severamente las actividades de las EPS. No sobra agregar que la jurisprudencia constitucional ha limitado el derecho de las EPS de cobrar las cuotas moderadoras y los copagos y el deber de sus usuarios de cancelarlos en los eventos en que los usuarios de los servicios de salud no tienen la posibilidad

de pagarlos o controvierten su validez, caso en el cual deben prestarse los servicios y suministrarse los medicamentos requeridos, aunque la EPS pueda perseguir su pago posteriormente si lo considera exigible de acuerdo con las normas vigentes. Conviene precisar que la facultad del Estado para regular una actividad no significa que éste deba reglamentar al detalle cada uno de sus pasos o imponerle a la entidad que la desarrolla únicamente obligaciones, pues sin duda puede conferirle facultades, de acuerdo con las necesidades o conveniencia del caso, como en el presente asunto.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 162 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 172 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 187

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 000260 DE 2004 (4 de febrero) CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

NOTA DE RELATORIA: Se declara que hay COSA JUZGADA respecto de la sentencia de 30 de octubre de 2008, expediente 2005-00071-01, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00116-00

Actor: LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS

Demandado: CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide en única instancia la demanda de nulidad formulada contra el Acuerdo No. 000260 de 4 de febrero de 2004, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

a) Pretensiones: El demandante pretende que se declare la nulidad de los artículos 5 (inciso último), 6 (con excepción del párrafo primero) 8, 10 y 13 del Acuerdo No. 000260 de 4 de febrero de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS -, Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

b) Normas violadas.

El demandante sostuvo que el acuerdo acusado violó los artículos 48 y 53 constitucionales; 1, 2, 4, 5, 7, 9, 152, 154 literales a) y c); 155 literal a) numeral 2); 156, 162, 170, 172-2, 182, 187 y 272 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, violó los artículos 42-3 de la Ley 715 de 2001.

c) Concepto de la violación

1) El artículo 5 del acto demandado, en cuanto dispuso que las Entidades Promotoras de Salud podrán organizar y establecer la aplicación de cuotas moderadoras y copagos de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo, sin que se requiera autorización previa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, violó el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 que otorgó al Gobierno Nacional la **competencia** para definir el régimen de los pagos moderadores previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Al permitir que dicha regulación fuera definida por las empresas interesadas sin intervención estatal desconoció la facultad de intervención, dirección y control del sistema que el artículo 48 superior y los artículos 154 - literales a) y c) -, y 170 ibídem radican en el Estado.

La norma acusada se presta para que algunas EPS cobren indebidamente cuotas moderadoras por cada examen o medicamento prescrito, por las citas con médicos generales para que autoricen citas de control con especialistas, o con éstos para que lean los resultados de exámenes que ordenaron previamente, **convirtiendo dichas cuotas en copagos, por valores que superan ampliamente el valor comercial de los servicios**, lo cual se convierte en una barrera de acceso a los servicios de las EPS porque resulta más barato consultar a un médico particular; vulnera el principio de integralidad y desnaturaliza el propósito de los pagos moderadores.

2) El artículo 6º del acuerdo demandado dispuso que las EPS cobrarán las cuotas moderadoras en la frecuencia que autónomamente definan y se pagarán al momento de utilización de cada uno de los servicios allí señalados, en forma independiente, sin distinguir si quien requiere los servicios o bienes es cotizante o beneficiario.

Los textos acusados violan los artículos 48 superior; 154, 170 y 187 (inciso segundo y el párrafo) de la Ley 100 de 1993 de acuerdo con las cuales la facultad para definir el régimen de cuotas moderadoras corresponde a las autoridades estatales y no a las EPS en forma autónoma.

Al autorizar el cobro de cuotas moderadoras a los cotizantes cada vez que utilice los servicios descritos en forma independiente, la norma acusada viola el aparte del inciso primero del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 que establece que “para los afiliados cotizantes estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema”.

El cobro de cuotas moderadoras a los cotizantes cada vez que usen esos servicios desconoce su finalidad racionalizadora y **los convierte en copagos**, cuyo cobro el artículo 187 comentado **prohíbe para los cotizantes**, y en barreras de acceso al sistema, también prohibida por la misma norma.

La norma acusada no podía autorizar el cobro de cuotas moderadoras a los cotizantes y beneficiarios para servicios distintos de la **consulta inicial** pues únicamente de ésta podían hacer un uso innecesario o irracional. Los servicios subsiguientes derivados de la misma enfermedad deben ser prestados a los cotizantes sin exigirles nuevas erogaciones, pues ellos contribuyeron a financiar al sistema. A los beneficiarios sí se les puede cobrar copagos por los servicios del POS que se le presten luego de la consulta inicial, para que contribuyan a su financiación.

Esos fueron los propósitos que se asignaron a los pagos moderadores desde cuando se presentó el proyecto aprobado finalmente como Ley 100 de 1993.

Narró una experiencia personal para demostrar que la EPS a la que está afiliado le cobró cuotas moderadoras de una manera que, a su juicio, desconoce los fines para los que fueron previstos, así como el derecho al cubrimiento integral de los servicios que le reconocen los artículos 2 y 7 de la Ley 100 de 1993.

Insistió en que la competencia para definir el régimen de pagos moderadores corresponde al Gobierno Nacional.

3) El actor afirmó que el artículo 8º del acuerdo demandado, en cuanto dispone que las cuotas moderadoras se aplicarán por cada actividad contemplada en el artículo 6º a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios con base en el ingreso del afiliado cotizante, viola las normas señaladas en el cargo anterior y desconoce el propósito para el que fueron instituidas.

Agregó que su interpretación fue avalada por la sentencia C-542 de 1998, proferida por la Corte Constitucional, de acuerdo con la cual el propósito de las cuotas moderadoras es racionalizar el acceso “al sistema”, no el uso de cada uno de los bienes y servicios que lo componen.

4) El demandante cuestionó los dos primeros incisos del artículo 13 del acuerdo demandado porque le concedieron a las EPS autonomía para definir la frecuencia de aplicación de las cuotas moderadoras y copagos y libertad para definir de manera general el no pago de cuotas moderadoras en los casos de ayudas diagnósticas o de fórmulas de medicamentos con dos o menos ítems.

En su opinión, las disposiciones cuestionadas no podían conferir libertad o autonomía alguna a las EPS para definir las materias a que se refiere porque el artículo 172-7 de la Ley 100 de 1993 le atribuyó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la función de definir el régimen de pagos compartidos de que tratan los artículos 160-3, 164 y 187 ibídem, el último de los cuales expresa claramente que “las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables los pagos moderadores serán definidos por el Gobierno Nacional previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Reiteró que la competencia del CNSSS se limita a presentar un concepto ante el Gobierno Nacional, a quien corresponde aprobarlo mediante decreto.

Concluyó que el CNSSS no podía reconocer libertad alguna a las EPS para definir el régimen de copagos y cuotas moderadoras pues esa función, al igual que la dirección y control de la seguridad social en salud, le corresponde al Estado.

Con fundamento en los mismos argumentos solicitó la suspensión provisional de los actos demandados.

II. LA CONTESTACIÓN

2.1. El Ministerio de la Protección Social contestó oportunamente la demanda y se opuso a las pretensiones.

Explicó de manera general las normas que regulan las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS -, y las características del sistema que permiten los pagos compartidos y las cuotas moderadoras.

Aseguró que la competencia del CNSSS para proferir los actos demandados se funda en el artículo 171 de la Ley 100 de 1993 que define esa entidad como un organismo colegiado encargado de la dirección del sistema y en el artículo 172-7 ibídem que lo faculta para definir el régimen de pagos compartidos de que tratan los artículos 160 (numeral 3), 164 y 178 ibídem. Los acuerdos que profiere en forma autónoma tienen carácter obligatorio, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 1995.

Adujo que los actos acusados no delegan en las EPS las funciones de dirección del sistema y están conformes con los artículos 1 y 2 de la Ley 100 de 1993 de acuerdo con los cuales las cuotas moderadoras únicamente se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios en el régimen contributivo y a los afiliados en el régimen subsidiado.

Explicó, con apoyo en la sentencia C-542 de 1998 de la Corte Constitucional que los copagos y cuotas moderadoras tienen carácter parafiscal y están destinados a atender los costos de la prestación de los servicios de salud.

Anotó que si bien el artículo 6 del acuerdo demandado reconoce autonomía a las EPS para señalar la frecuencia de las cuotas moderadoras, también señala los casos en que no habrá lugar a su cobro, por lo cual su ámbito de acción está plenamente definido.

Concluyó que el acuerdo promueve la adhesión a programas de promoción y prevención de la enfermedad, cuyas actividades, procedimientos e intervenciones están exceptuados de cualquier tipo de pago; que para determinar su monto se tuvieron en cuenta los rangos de ingresos para dar cumplimiento al principio de progresividad y que como los recursos del sistema de seguridad social en salud

son limitados se hace necesario efectuar los cobros mencionados para garantizar su sostenibilidad y el acceso de toda la población.

Propuso la excepción de inepta demanda y la sustentó aduciendo que su ejercicio está condicionado a que el actor demuestre con absoluta claridad la contradicción entre el acto acusado y las normas superiores que le sirven de fundamento. Agregó que el actor no transcribió el artículo 10 del acuerdo demandado ni explicó el concepto de su violación (fs. 75 a 81).

2.2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y se opuso a las pretensiones.

Explicó que en la Ley 100 de 1993 y en las sentencias C-542 de 1998 y SU- 819 de 2000 de la Corte Constitucional se estableció que los pagos moderadores son de naturaleza parafiscal; que el objeto de los pagos moderadores es estimular el buen uso de los servicios de salud y el de los copagos ayudar a financiar el sistema.

Frente al cargo de falta de competencia manifestó que el artículo 172-7 de la Ley 100 de 1993 le atribuyó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS la facultad de definir el régimen de pagos compartidos de que tratan los artículos 160-3, 164 y 187 de la presente Ley y que así lo estableció igualmente la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 1995.

Anotó que el régimen de copagos y cuotas moderadoras cumple con el cometido de financiar el plan obligatorio de salud, al punto que en 2004 representaron cerca de 4.4% del valor de la unidad por capitación, y si se debilita impidiendo que millones de personas con capacidad lo sufragan se provocaría un desequilibrio estructural que solo podría superarse mediante otras medidas, como el incremento de las cotizaciones, la reducción de licencias de maternidad e incapacidades económicas, u otras de la misma naturaleza (fs. 124 a 141).

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 2 de agosto de 2007 se admitió la demanda y se negó la solicitud de suspensión provisional de las disposiciones acusadas (fs. 48 a 52). Esta providencia se notificó por estado a las partes (f. 52 reverso), personalmente al Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado (f. 53) y al funcionario Delegado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público (f. 59); y por aviso al Ministro de la Protección Social (f. 57) y al Secretario Técnico del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (f. 58). El proceso se fijó en lista por el término de ley (fs. 63 y 142), y por auto de 16 de diciembre de 2008 se prescindió del periodo probatorio y se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos (f. 147).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. El demandante presentó alegatos de conclusión en los que reiteró, en lo sustancial los hechos y razones en que sustentó la demanda (fs. 144 a 153).

4.2. El Ministerio de la Protección Social (folios 154 a 160) y El Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fs. 195 a 211), reiteraron los hechos y razones expuestos en la contestación de la demanda.

4.3. El señor Juan Manuel Díaz Granados, invocando su condición de ciudadano y de Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Empresas de medicina Integral -ACEMI-, intervino oportunamente en su condición de tercero en defensa del acto acusado, para lo cual expuso argumentos análogos a los de la parte demandada y explicó el alcance y sentido del régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras a la luz de la sentencia C- 542 de 1998 de la Corte Constitucional.

Agregó que la competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para definir dicho régimen ya fue definida mediante sentencia de 30 de octubre de 2008, expediente 200500071-01, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación (fs. 162 a 171).

V. INTERVENCIÓN DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó se declare no probada la excepción de inepta demanda porque, contrario a lo dicho por el Ministerio de la Protección Social, el actor señaló las normas violadas y el concepto de la violación, dando cumplimiento a las exigencias del artículo 137-4 del C. C. A.

Solicitó igualmente que se denieguen las súplicas de la demanda por las siguientes razones:

El cargo de falta de competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para definir el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras no debe prosperar por las mismas razones que esta Sala expuso al decidir el mismo cargo en la sentencia de 17 de julio de 1997 que decidió una demanda de nulidad contra el Acuerdo 30 de 1996, derogado por el acto acusado.

Anotó que las disposiciones acusadas no violan, sino que desarrollan el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 relacionado con las cuotas moderadoras y copagos y que los cargos referidos a la presunta libertad de las EPS para definir el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras no deben prosperar porque dicha libertad se les confirió para aplicar el régimen previsto en el acuerdo demandado y en todo caso están sujetas al respeto de los principios básicos señalados en el

artículo 5 ibídem.

Agregó que el régimen cuestionado en modo alguno sustrae a las EPS de la inspección, vigilancia y control que el estado ejercer a través de la Superintendencia Nacional de Salud de conformidad con la Ley 1122 de 2007 (fs. 214 a 225).

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Cuestiones procesales previas

6.1.1. El actor solicitó la nulidad de algunas disposiciones del Acuerdo No. 260 de 2004 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Las disposiciones acusadas fueron derogadas parcialmente por el literal g) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, publicada en el Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2009, de acuerdo con el cual “No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del SISBÉN o el instrumento que lo remplace”.

Pese a la circunstancia anotada la Sala decidirá de fondo los cargos contra los actos demandados, sin atender su derogación parcial posterior, en vista de los posibles efectos que pudieron producir durante su vigencia pues, como ha señalado reiteradamente esta Corporación, *“se impone fallo de mérito a pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia, pues la derogatoria no restablece per se el orden jurídico vulnerado, sino que, apenas acaba con la vigencia, ya que un acto administrativo aún derogado, continúa amparado por la presunción de legalidad que lo protege, que sólo se pierde ante el pronunciamiento de nulidad del juez competente...”*¹

6.1.2. El Ministerio de la Protección Social manifestó que la demanda es inepta porque el ejercicio de la acción de nulidad está condicionada a que el actor demuestre con absoluta claridad la contradicción entre el acto acusado y las normas superiores que le sirven de fundamento. Además, porque el actor no transcribió el artículo 10 del acuerdo demandado ni explicó el concepto de su violación (fs. 75 a 81).

El argumento descrito será desestimado porque el C. C. A., no exige como requisito de la demanda la demostración clara de la violación de una norma jurídica por parte del acto acusado. Esta será acaso una condición para la prosperidad de las pretensiones pero no un requisito para la presentación de la

¹ Sentencia de esta Sección de 23 de febrero de 1996 que prohijó la tesis expuesta por la Sala Plena en sentencia de 14 de enero de 1996.

demanda. El Código comentado se limita a exigir que en ésta se citen las normas violadas y se explique el concepto de la violación, requisito que cumplió el actor. Por otra parte, la transcripción en la demanda del artículo 10 del Acuerdo demandado y la explicación del concepto de su violación, que la parte demandada echa de menos, no era necesaria, puesto que el actor no pretende la nulidad de ese artículo.

6.2. Las normas demandadas.

El demandante pretende que se declare la nulidad de los aportes subrayados del Acuerdo No. 260, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud el 4 de febrero de 2004 que se transcribe a continuación:

**MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL
CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD
ACUERDO NÚMERO 260 DE 2004**

Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en ejercicio de las facultades legales conferidas en el numeral 7 del artículo 172 y el artículo 187 de la Ley 100 de 1993,

ACUERDA:

Artículo 1º. Cuotas moderadoras. *Las cuotas moderadoras tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS.*

Artículo 2º. Copagos. *Los copagos son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema.*

Artículo 3º. Aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. *Las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios.*

Parágrafo. *De conformidad con el numeral tercero del artículo 160 de la Ley 100 de 1993, es deber del afiliado cotizante y de los beneficiarios cancelar las cuotas moderadoras y los copagos correspondientes.*

Artículo 4º. Ingreso base para la aplicación de las cuotas moderadoras y copagos. *Las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante. Si existe más de un cotizante por núcleo familiar se considerará como base para el cálculo de las cuotas moderadoras y copagos, el menor ingreso declarado.*

Artículo 5º. Principios para la aplicación de cuotas moderadoras y de copagos. *En la aplicación de cuotas*

moderadoras y copagos, deberán respetarse los siguientes principios básicos:

1. Equidad. Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.

2. Información al usuario. Las Entidades Promotoras de Salud deberán informar ampliamente al usuario sobre la existencia, el monto y los mecanismos de aplicación y cobro de cuotas moderadoras y copagos, a que estará sujeto en la respectiva entidad.

En todo caso, las entidades deberán publicar su sistema de cuotas moderadoras y copagos anualmente en un diario de amplia circulación.

3. Aplicación general. Las Entidades Promotoras de Salud, aplicarán sin discriminación alguna a todos los usuarios tanto los copagos como las cuotas moderadoras establecidos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo.

4. No simultaneidad. En ningún caso podrán aplicarse simultáneamente para un mismo servicio copagos y cuotas moderadoras.

Las Entidades Promotoras de Salud podrán organizar y establecer la aplicación de cuotas moderadoras y copagos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo, sin que se requiera autorización previa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Artículo 6º. Servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras. Se aplicarán cuotas moderadoras a los siguientes servicios, en las frecuencias que autónomamente definan las EPS:

1. Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada.

2. Consulta externa por médico especialista.

3. Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos. El formato para dicha fórmula deberá incluir como mínimo tres casillas.

4. Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo cuatro casillas.

5. Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo tres casillas.

6. Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan

la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud.

Parágrafo 1º. En ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias.

Parágrafo 2º. Si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios.

Parágrafo 3º. Las cuotas moderadoras se pagarán al momento de utilización de cada uno de los servicios, en forma independiente.

Artículo 7º. Servicios sujetos al cobro de copagos. Deberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de:

1. Servicios de promoción y prevención.
2. Programas de control en atención materno infantil.
3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles.
4. Enfermedades catastróficas o de alto costo.
5. La atención inicial de urgencias.
6. Los servicios enunciados en el artículo precedente.

Artículo 8º. Monto de cuotas moderadoras. Las cuotas moderadoras se aplicarán por cada actividad contemplada en el artículo 6º del presente acuerdo, a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios con base en el ingreso del afiliado cotizante, expresado en salarios mínimos, así:

1. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 11.7% de un salario mínimo diario legal vigente.
2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos (2) y cinco (5) salarios mínimos, el 46.1% de un salario mínimo diario legal vigente.
3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor de cinco (5) salarios mínimos, el 121.5% de un (1) salario mínimo diario legal vigente.

Parágrafo. Para efectos de facilitar el cobro de las cuotas moderadoras, los valores en pesos resultantes de la aplicación de los anteriores porcentajes se ajustarán a la centena inmediatamente superior.

Artículo 9º. Monto de copagos por afiliado beneficiario. El valor por año calendario permitido por concepto de copagos se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de la siguiente manera:

1. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes el 11.5% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que el cobro por un mismo evento exceda del 28.7% del salario mínimo legal mensual vigente.
2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 17.3% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que exceda del 115% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por un mismo evento.

3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 23% de las tarifas pactadas por la EPS con las IPS, sin que por un mismo evento exceda del 230% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Parágrafo. Para efectos del presente acuerdo se entiende por la atención de un mismo evento el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario.

Artículo 10. Tope máximo de copagos por afiliado beneficiario. El valor por año calendario permitido por concepto de copagos se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de la siguiente manera:

1. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea menor a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 57.5% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

2. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización esté entre dos y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 230% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

3. Para afiliados cuyo ingreso base de cotización sea mayor de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el 460% de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

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

1. Para los casos de indigencia debidamente verificada y las comunidades indígenas, la atención será gratuita y no habrá lugar al cobro de copagos.

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

3. Para el nivel 2 del Sisbén el copago máximo es del 10% del valor de la cuenta, sin que el cobro por un mismo evento exceda de la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente. El valor máximo por año calendario será de un salario mínimo legal mensual vigente.

Artículo 12. En el Régimen Subsidiado se prohíbe el cobro de copagos al control prenatal, la atención del parto y sus complicaciones y a la atención del niño durante el primer año de vida.

Artículo 13. Autonomía de las EPS. Las Entidades Promotoras de Salud están en libertad para definir las frecuencias de aplicación de las cuotas moderadoras y copagos para lo cual deberán tener en cuenta la antigüedad del afiliado y los estándares de uso de servicios. En todo caso deberán contar con un sistema de información que permita conocer las frecuencias de uso por afiliado y por servicios, de manera tal que en un año calendario esté exenta del cobro de cuota moderadora la primera consulta o servicio previstos en el artículo 6º del presente acuerdo con excepción de la consulta externa médica de que trata el numeral 1.

Así mismo, están en libertad para definir de manera general el no pago de cuotas moderadoras en los casos de órdenes de ayudas diagnósticas o de fórmulas de medicamentos con dos o menos ítems.

Igualmente podrán establecer los procedimientos de recaudo que más se adapten a su capacidad administrativa tales como bonos, estampillas, valeras o la cancelación en efectivo, directamente o mediante convenios con las IPS en los términos en que estas lo acuerden. En todo caso las EPS deberán aceptar el pago por cada evento si así lo solicita el afiliado.

La totalidad de los recaudos por concepto de copagos y cuotas moderadoras pertenecen a la Entidad Promotora de Salud.

Parágrafo 1º. *Todas las Entidades Promotoras de Salud deberán establecer y hacer público en un medio masivo de información, por lo menos una vez al año, su Plan general de cuotas moderadoras y copagos aplicables a sus afiliados, o cualquier modificación a este.*

Parágrafo 2º. *En ningún caso se podrá suprimir totalmente el cobro de las cuotas moderadoras.*

Artículo 14. Vigencia. *El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que sean contrarias, en especial los Acuerdos 30 y 61 y el artículo 9º del Acuerdo 218.*

Publíquese y cúmplase.

6.3. Precisiones conceptuales acerca del régimen legal de los pagos moderadores.

El acuerdo demandado tiene naturaleza reglamentaria y el actor, aparte de impugnar la competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud - CNSSS para proferirlo, lo cuestiona porque desconoce tanto la naturaleza y el propósito que la Ley 100 de 1993 le fijó a las cuotas moderadoras y copagos, como la exigencia legal de que el Estado defina su régimen en vez de dejar su definición al arbitrio de las EPS interesadas.

Esas circunstancias hacen recomendable que, antes de avocar el estudio de los cargos, se precisen algunas nociones básicas de la materia en estudio, a lo cual se procede.

El artículo 162 de la Ley 100 de 1993, cuyos apartes relevantes se transcriben se refirió así a los pagos moderadores, al definir el régimen de beneficios de los afiliados al sistema de seguridad social en salud:

“CAPÍTULO III

El régimen de beneficios

ARTICULO. 162.- Plan de salud obligatorio. Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-663 de 1996. El sistema

general de seguridad social de salud crea las condiciones de acceso a un plano obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del plan obligatorio de salud que defina el consejo nacional de seguridad social en salud será el contemplado por el Decreto-Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el plan obligatorio de salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente ley. (...)

Esta norma estableció que los afiliados cotizantes tenían derecho a recibir los servicios y medicamentos que hicieran parte del plan obligatorio de salud - POS - que definiera el CNSSS y que **los beneficiarios** de su familia tendrían derecho a un plan semejante, pero estarían obligados a concurrir a su financiación mediante pagos moderadores.

El artículo 172 ibídem asignó al CNSSS, las siguientes funciones:

Artículo. 172.-Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. *El consejo nacional de seguridad social en salud tendrá las siguientes funciones:*

(...) 7. Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3º del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente ley.

*(...) **Parágrafo 2.** El valor de pagos compartidos y de la unidad de pago por capitación, UPC, serán revisados, por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal. En caso que no se haya revisado la UPC al comenzar el año, ésta se ajustará en forma automática en una proporción igual al incremento porcentual del salario mínimo aprobado por el Gobierno Nacional el año inmediatamente anterior. (Este parágrafo fue derogado por el artículo 145 de la Ley 1438 de 2011). (...)*

El artículo 187 ibídem utilizó la expresión genérica **pagos moderadores** para referirse a obligaciones a cargo de los afiliados del sistema de seguridad social en salud que comprenden tanto las cuotas moderadoras como a los pagos compartidos (también denominados copagos) y los deducibles.

Dice así la norma comentada:

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

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

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

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

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

Para los propósitos de esta sentencia se resalta que de conformidad con la norma transcrita los pagos moderadores sólo proceden, en relación con los afiliados cotizantes, **con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema**, y en relación con los beneficiarios no cotizantes con el mismo propósito y además, para **complementar** la financiación de los servicios que demanden.

Prohíbe por otra parte, que los pagos moderadores se conviertan en barreras de acceso para los más pobres.

Señala que las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidas por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Al estudiar la constitucionalidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 mediante sentencia C-542 de 1998 la Corte Constitucional precisó que los derechos a la seguridad social y salud son de orden prestacional y programático, por lo cual el legislador tiene la responsabilidad de desarrollarlos progresivamente, lo cual supone los programas que comportan prestaciones de orden económico y social a cargo del Estado son exigibles como derechos subjetivos ante las autoridades y de los particulares, para cuya efectividad se precisa "el desarrollo legal, el arbitrio de los recursos y la provisión de la pertinente estructura que los actualice". En materia de salud estos derechos permiten reclamar el disfrute de los servicios de asistencia médica, hospitalaria, farmacéutica y de laboratorio.

Al estudiar puntualmente la naturaleza y finalidad de las cuotas moderadoras la Corte Constitucional precisó:

"...Según lo establece el artículo 49 constitucional, el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, deben estar garantizados por el Estado, lo cual se hace a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cuya regulación se definen los fundamentos que lo rigen, lo relativo a su dirección, organización y funcionamiento, así como, las normas administrativas, financieras y de control que se le aplican y las obligaciones que se derivan de ésta, con la finalidad de "... regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención." (Art. 152).

Además de constituir un derecho, la afiliación a este Sistema se convierte en una obligación para todos los habitantes, la cual se concreta mediante el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio financiado con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales (Ley 100/93, art. 156-b), por medio del régimen contributivo o subsidiado o como participantes vinculados, en forma temporal (art. 157).

Al régimen contributivo se afilian aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, quienes realizan una cotización obligatoria al Sistema y, al régimen subsidiado, las personas que no tienen capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Igualmente, el artículo 157 de la citada ley, establece que las personas vinculadas al sistema por incapacidad de pago, tienen derecho a los servicios de atención en salud, mientras logran afiliarse al régimen subsidiado.

De conformidad con el precepto acusado, esto es el artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, están sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados

cotizantes, tales pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de los servicios del sistema; en cambio, para los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

El régimen legal de los pagos compartidos y cuotas moderadoras fue definido en el Acuerdo No. 030 de 1.995, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo director del Sistema General de Seguridad Social[7], determinando como cuotas moderadoras, las que “tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS” y como copagos “los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema”. Las primeras, son aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que, los segundos, lo serán única y exclusivamente a los beneficiarios, en ambos casos con base en el ingreso base de cotización del afiliado cotizante (arts. 1o., 2o., 3o. y 4o.).

De lo anterior se deduce que, el legislador al fijar el régimen legal del servicio público de seguridad social en materia de salud, en la Ley 100 de 1.993 encontró procedente establecer con el cobro de las cuotas moderadoras un mecanismo destinado, como lo señala el mismo artículo 187, a: “ racionalizar el uso de servicios del sistema”, como una forma de inducir a los usuarios a recurrir al servicio únicamente en los casos realmente necesarios, a fin de lograr la eficiencia en la prestación del servicio.

Similar contenido normativo fue analizado por esta Corporación en la Sentencia C-089 de 1.998[8], al estudiar la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 352 de 1.997 que reestructuró el Sistema de Salud y dictó otras disposiciones para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en donde se avaló el señalamiento de los pagos compartidos y las cuotas moderadoras, para los beneficiarios de dichos organismos, con el mismo fin de racionalizar el uso de los servicios de salud, bajo unos condicionamientos especiales, cuyos criterios se reiteran en esta oportunidad. En efecto, en dicha providencia la Corte expresó:

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

La exequibilidad de la norma se produjo en relación con los pagos compartidos y cuotas moderadoras de los beneficiarios, en

atención a la finalidad de la racionalización de los servicios de salud de los mismos, dada la situación especial en que se encuentran los militares en servicio activo, en cuanto a la confrontación bélica, con riesgos para sus afiliados, lo que convierte en natural que estén cobijados por una situación diferente a la de los beneficiarios.

En cambio, para los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuya actividad no supone la confrontación del riesgo, el propósito del cobro de las cuotas moderadoras es el mismo al consagrado para los beneficiarios del sistema en las Fuerzas Militares y en la Policía Nacional.

Cabe resaltar, entonces, que para el cobro de las cuotas moderadoras a que alude la norma acusada, se tiene como propósito esencial el educativo frente a la utilización racional de los servicios que ofrece el sistema de salud y la contribución razonable hacia la financiación del mismo.

(...) Como se ha advertido, el fin social del Estado, además de asegurar la prestación del servicio de salud, supone una redistribución de los recursos, económicos, administrativos, humanos, institucionales, etc. con que cuenta el sistema de seguridad social en salud, para que todos puedan tener acceso al mismo y obtener la atención en los distintos niveles referidos; esto, en un Estado con limitaciones económicas como el nuestro, donde la carga de su financiación no puede ser exclusivamente estatal, determina que la sociedad y los particulares participen, en la medida de su capacidad económica individual y con esfuerzo en la misma, para poder ofrecer a todos el servicio en condiciones que realcen su dignidad humana y permitan destinar una especial atención y protección de las personas menos favorecidas. La vigencia de un esquema de participación de la sociedad en los cometidos estatales de orden social, así diseñado, facilita la realización material de un orden justo, basado en el respeto a la dignidad humana, mediante la efectividad del compromiso solidario por parte de todos.

Así pues, debe repararse en el hecho de que el cobro de la cuota moderadora con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, exigida al afiliado cotizante del régimen contributivo y a sus beneficiarios, con base en el ingreso base de cotización del primero, hace suponer una pertenencia de los mismos a un estrato socioeconómico con capacidad de pago, a partir de sus reales ingresos económicos. De manera que, a diferencia de lo planteado por el actor, el deber de cancelar las cuotas moderadoras por quienes están obligados a ello, según la estratificación socioeconómica de afiliación que tengan en el Sistema, y como mecanismo promotor de su buen uso, no impide el ejercicio del derecho a la salud ni la protección a la vida; por el contrario, los garantiza y no los hace objeto de una discriminación carente de fundamentos razonables u objetivos, como tampoco se convierte en una barrera de acceso para los más pobres a los servicios de la atención en salud, que contradiga el principio de solidaridad.

No obstante, de la misma manera como esta Corporación lo hizo en la Sentencia C-089 de 1.998, ya aludida, la exequibilidad del

cobro de las cuotas moderadoras tendrá que sujetarse a la condición de que con éste nunca se impida a las personas el acceso a los servicios de salud; de tal forma que, si el usuario del servicio -afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, “ el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes. (...)”

Por vía jurisprudencial la Corte Constitucional estableció dos situaciones excepcionales en las que, “a pesar de tratarse de atención médica sujeta a copagos, resulta viable exonerar al usuario de su cancelación, con el objeto de proteger derechos fundamentales y de evitar que los mismos se conviertan en una barrera para que los usuarios accedan al servicio de salud”. Esas situaciones se describieron así en la sentencia T-162 de 2011: ²

“...1- Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor.

2- Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio”

De acuerdo con las normas comentadas de la Ley 100 de 1993 y el fallo de constitucionalidad referido al artículo 187 ibídem las cuotas moderadoras tienen como propósito racionalizar el uso de los servicios del sistema, esto es, inducir a los usuarios a que lo usen adecuadamente, recurriendo al mismo únicamente en los casos realmente necesarios, a fin de lograr su eficiente prestación. Estas cuotas pretenden promover la inscripción en programas de atención integral que las EPS prestan sin el cobro de pagos moderadores.

Los copagos, por su parte, son aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado; un aporte razonable para la financiación del sistema.

² El texto entre comillas fue tomado de la Sentencia T-162/11, donde se reproducen apartes de la sentencia T-296 de 2006.

A los cotizantes, por haber contribuido al sistema mediante el pago de la cotización que le corresponde, sólo se les puede cobrar la cuota moderadora.

A los beneficiarios no cotizantes se les puede cobrar cuota moderadora, lo cual es apenas obvio pues ellos también pueden hacer un uso inadecuado del sistema y por eso pueden ser desestimados de hacerlo mediante este cobro. También se les puede cobrar copagos porque como no contribuyen mediante cotizaciones deben hacerlo financiando parcialmente y de modo razonable los servicios demandados.

Las expresiones subrayadas tienen una extraordinaria significación porque la Ley 100 de 1993 obliga a vincularse al sistema de seguridad social en salud mediante el pago de una cotización a quienes tengan capacidad económica para hacerlo, lo que implica que la condición de beneficiario corresponde a personas que, por definición, no la tienen.

Los condicionamientos señalados permiten concluir que tanto las cuotas moderadoras como los copagos corresponden en todo caso a una parte del valor del servicio o medicamento demandado, nunca igual y menos aún superior, pues en tal caso no sería **parcial ni razonable** y constituiría una barrera de acceso a los servicio pues los afiliados al sistema estarían compelidos a demandarlos por fuera del mismo lo cual les resultaría menos oneroso.

Otra conclusión importante apunta a que si las cuotas moderadoras tienen por objeto racionalizar el servicio y desestimular el uso innecesario del mismo, no puede cobrarse manera generalizada para casi todos los servicios pues en tal caso se estaría utilizando como un copago.

Para evitar esta situación frente a los cotizantes las autoridades competentes están obligadas, al definir el régimen aplicable, a establecer criterios que permitan discernir los casos en que dicho servicio se demanda racionalmente de aquéllos en que no.

6.4. Los cargos.

6.4.1. Existencia de cosa juzgada respecto del cargo de falta de competencia de la entidad demandada para proferir el acuerdo demandado.

El actor afirmó que el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud no es competente para definir el régimen de los pagos moderadores y al hacerlo mediante el acto acusado violó el artículo 172-7 de la Ley 100 de 1993 que le atribuyó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la función de definir el régimen de pagos compartidos de que tratan los artículos 160-3, 164 y 187 de la misma ley, el último de los cuales expresa claramente que “las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables los pagos moderadores serán definidos por el Gobierno Nacional previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

2.2.1.1. Estudio del cargo.

Advierte la Sala que el cargo de falta de competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en salud para definir el régimen de pagos compartidos fue formulado contra el acto demandado en la demanda que dio origen al proceso de nulidad radicado con el No. 110010324000200500071 01, el cual fue decidido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante sentencia de 30 de octubre de 2008 que denegó las pretensiones.

En el fallo mencionado se resumieron así las acusaciones:

*“Considera que mediante el Acuerdo 260 **el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se arrogó una facultad que por expreso y perentorio mandato legal le corresponde al Gobierno Nacional**, pues aunque el artículo 172, numeral 7 de la Ley 100 de 1993 dice que es función de este comité definir el régimen de pagos compartidos, en el artículo 187 se lee que “Tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del CNSSS”; que aunque parece haber un conflicto de competencias, es solucionado por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887; y concluye que la competencia para reglamentar el tema es del Gobierno Nacional, en los términos del canon constitucional 115, y que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tan sólo tiene facultades para emitir un concepto previo.*

El texto transcrito pone en evidencia que las acusaciones de la demanda del proceso 110010324000200500071 01 coinciden con el cargo de falta de competencia del Consejo de Seguridad Social en Salud para definir el régimen de pagos moderadores (pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles).

El fallo que puso fin al proceso comentado negó prosperidad a las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

“Pues bien, el Acuerdo acusado fue expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud con fundamento en los artículos 187 y 172, numeral 7 de la Ley 100 de 1993; éste último dispone que corresponde al CNSSS “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”.

La Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad del artículo 156, literal m) de la Ley 100 de 1993 y mucho antes de que se expidiera el Acuerdo 260 de 2004, declaró la inexecutable parcial del artículo 156, literal m) de la Ley 100 de 1993, en el aparte que se resalta a continuación³:

*“**Artículo 156** (...) **“m)** El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a que hacen referencia los artículos 171 y 172 de esta Ley, es el organismo de concertación entre los diferentes integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sus decisiones serán obligatorias, podrán ser revisadas periódicamente por el mismo Consejo **y deberán ser adoptadas por el Gobierno Nacional**”.*

De igual manera, en la misma sentencia declaró inexecutable el párrafo 3 del artículo 172 de la Ley 100, artículo que atribuye al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el numeral 7 la función de “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”.

Dicho párrafo preceptuaba:

*“**Parágrafo 3. Las definiciones de que tratan los numerales 1, 4, 5, 7 y 11 del presente artículo deberán ser adoptadas por el Gobierno Nacional**”.*

Para adoptar las anteriores decisiones, las cuales hacen tránsito a cosa juzgada, la Corte Constitucional consideró que si bien el presidente y el ministro o director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular constituyen el Gobierno, sólo cuando los ministros actúan en relación con el Congreso se entiende que son voceros del Gobierno Nacional, ya que en las otras actuaciones obran como jefes de la administración en su respectiva dependencia y que, por tanto, cuando los ministros que integran el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud participan en la adopción de las decisiones de este órgano actúan en su calidad de jefes de la administración de su respectiva dependencia, vale decir, como miembros del Consejo y no en representación del Gobierno.

Asimismo, la citada Corporación destacó que las disposiciones que declara inexecutable y que obligan al Gobierno a adoptar las decisiones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud son innecesarias, en cuanto es la misma Ley la que establece que las decisiones del Consejo son obligatorias y, en consecuencia, que

³ Sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995, Magistrado Ponente, dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

para que sus acuerdos resulten vinculantes basta que sean adoptados y promulgados conforme lo establece la ley.

Además de lo anterior, la misma Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 172, numeral 7 de la Ley 100 de 1993⁴, fundamento del Acuerdo 260 que se demanda, teniendo en cuenta la declaratoria de exequibilidad del artículo 187 *ibídem*⁵, decisión que adoptó bajo las siguientes consideraciones, entre otras:

“En consecuencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional, tomando en consideración la declaratoria de exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 –a excepción de la expresión “y la antigüedad de afiliación al sistema”-, declarará exequible el artículo 172, numeral 7, en lo relativo a la remisión al artículo 187 **en lo referente a las competencias del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en materia de definición del régimen de pagos compartidos.**

“Tal decisión, se enfatiza, se toma en virtud de que (i) existe cosa juzgada absoluta en relación con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, (ii) existe identidad de contenidos normativos entre el artículo 172, numeral 7, parcial, y el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 –en cuanto la primera de las disposiciones está contenida en la segunda- y (iii), en consecuencia, se debe predicar la cosa juzgada material del artículo 172, numeral 7, parcial, en virtud de lo dispuesto en la Sentencia C-542/98 en relación con el artículo 187.

“**Por último, es de precisar que la decisión de declaratoria de exequibilidad del artículo 172, numeral 7, parcial, se justifica, además, en virtud de la incoherencia normativa que se generaría en el Sistema General de Seguridad Social en Salud si se mantienen en el ordenamiento las competencias desarrolladas en el artículo 187 y, a su vez, se cuestiona la constitucionalidad de las mismas competencias que ya fueron encontradas ajustadas a la Constitución, reabriendo la discusión con la única razón de que éstas están mencionadas en otro artículo de la Ley 100 de 1993, a saber, el artículo 172, numeral 7.**”

Fue así, entonces, que la Corte Constitucional resolvió **“DECLARAR EXEQUIBLE** el artículo 172, numeral 7, en lo relativo a la remisión al artículo 187 en lo referente a las competencias del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en materia de definición del régimen de pagos compartidos”.

Lo anteriormente expuesto no deja duda alguna para la Sala de que debe despachar desfavorablemente el cargo en estudio, en cuanto **fue la misma Ley 100 de 1993 la que le otorgó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la competencia para definir el régimen de pagos compartidos, lo cual se encuentra plenamente confirmado por la Corte Constitucional** y se traduce en que no hubo violación del artículo 115 de la Constitución Política, dado que si bien el Gobierno Nacional lo constituyen el presidente y el ministro o director del ramo, corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud el ejercicio de la referida facultad.

⁴ Sentencia C-542 de 1º de octubre de 1998, Magistrado Ponente, dr. Hernando Herrera Vergara.

⁵ Sentencia C-710 de 6 de julio de 2005, Magistrado Ponente, dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Concluye esta Corporación que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud es el ente legalmente facultado para determinar el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la cual denegará las pretensiones de la demanda.

Con fundamento en los cargos anteriores se declaró que el Consejo de Seguridad Social en Salud es competente para para reglamentar los pagos moderadores y se desestimaron las pretensiones de la demanda.

De acuerdo con el artículo 175 del C. C. A., la sentencia que niegue la nulidad pedida *“producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada”*.

En el presente caso es evidente que la causa petendi de la demanda decidida mediante la sentencia transcrita es la misma que ahora se estudia, por lo que procede declarar que dicha sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada *“erga omnes”*, y sus efectos se extienden a ésta y a todas aquellas demandas cuyo objeto sea obtener la nulidad del Acuerdo No. 260 de 4 de febrero de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud invocando la falta de competencia del dicho organismo para reglamentar los pagos moderadores.⁶

6.4.2. Segundo cargo objeto de declaración de cosa juzgada.

El actor cuestionó la legalidad del artículo 6º *ibídem* que dispone que se aplicarán cuotas moderadoras a los servicios allí señalados y éstas deben pagarse en el momento de utilización de cada uno de los servicios en forma independiente, sin distinguir si quien requiere los servicios o bienes es cotizante o beneficiario, y del artículo 8º *ibídem* que establece que las cuotas moderadoras se aplicarán por cada actividad contemplada en el artículo 6º a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios con base en el ingreso del afiliado cotizante.

En su opinión, las disposiciones mencionadas violan el inciso segundo y el párrafo del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, cuyo texto es el siguiente:

⁶ *Mediante sentencia de 18 de marzo de 2010 que decidió la demanda de nulidad contra el mismo acuerdo demandado en este proceso (radicación No. 200400174 01), la Sala declaró la existencia de cosa juzgada relacionada con el cargo de falta de competencia del CNSSS para proferir el acto acusado.*

ARTICULO. 187.-De los pagos moderadores.⁷. Los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del plan obligatorio de salud.

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

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

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

El demandante afirma que las disposiciones acusadas no podían autorizar el cobro de **cuotas moderadoras** a los cotizantes **para servicios distintos de la consulta inicial** porque de acuerdo con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 tienen el propósito exclusivo de impedir que se haga un uso innecesario o irracional de los servicios del POS.

Por consiguiente, las únicas veces en que los afiliados pueden usar innecesariamente los servicios son aquéllas en que pueden demandarlos libremente. El hecho de que la EPS ordene servicios después de la consulta inicial derivados de la misma enfermedad demuestra que son necesarios, por lo cual no deben cobrarse a los cotizantes, quienes ya contribuyeron a financiar al sistema. Los cobros posteriores a la consulta inicial efectuados a los cotizantes, constituyen copagos, prohibidos por la ley 100 de 1993, según el demandante.

Advierte la Sala que este cargo también fue formulado en la demanda de nulidad contra el Acuerdo 260 de 2004 que dio origen al proceso No. 110010324000200500071 01, ya decidido, en los siguientes términos:

“...De otra parte, considera que el acto demandado viola los artículos 187 de la Ley 100 de 1993 y 2º, parágrafo de la Resolución 5261 de

⁷ Artículo declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional, mediante Sentencia **C-542** de 1998. La parte subrayada fue declarada inexecutable por la misma sentencia.

1994, pues si de acuerdo con esta última el ingreso al Sistema General de Seguridad Social en Salud siempre será por el primer nivel de atención, esto es, la consulta médica u odontológica general, ya sea de urgencias o externa y que estos servicios son los que libremente demandan o solicitan los usuarios y, por ende, donde se puede presentar un uso irracional de los mismos, es evidente que los cotizantes tienen derecho legal, haciendo uso racional, a tener un número de consultas médicas u odontológicas al año exentas de cuotas moderadoras, las cuales, dice, podrían ser las dos de que habla el artículo 5º de la Resolución 5261.

Afirma, entonces, que no es legal que haciendo un uso racional del recurso consulta externa médica general se le aplique cuota moderadora, como lo determina la parte final del artículo 13 del Acuerdo 260 y que, además, es absurdo que a servicios que no son de libre demanda por los usuarios y los cuales, en consecuencia, no pueden ser usados irracionalmente por ellos, se les apliquen cuotas moderadoras, caso de la consulta especializada, los medicamentos, exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico e imagenología, los cuales se derivan de la atención médica inicial u odontológica general.

Menciona que el artículo 187 de la Ley 100 es muy claro en definir que para los afiliados cotizantes “estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema”, lo que es desvirtuado por el acuerdo demandado, al imponer cuotas moderadoras a servicios que no pueden ser irracionalmente utilizados.”

Es evidente que entre los cargos del proceso decidido y los del sub - lite existen diferencias pues en aquél se citaron como violados los artículos 187 de la Ley 100 de 1993 y 2 (parágrafo) de la Resolución 5261 de 1994 por **desconocer un presunto derecho a tener un número de consultas médicas u odontológicas al año exentas de cuotas moderadoras**, tema que no hace parte del cargo formulado en el sub- lite.

Otra diferencia es que en la demanda del proceso decidido se cuestionó en bloque el acuerdo demandado, mientras que en el sub - lite se cuestionaron algunos apartes específicos.

No obstante esas diferencias, las demandas comparadas coinciden en cuestionar la posibilidad de que a los cotizantes se les cobre por servicios, medicamentos, tratamientos y exámenes de diagnóstico ordenados por la EPS con posterioridad a la consulta de acceso al servicio.

En el proceso decidido se desestimó esa acusación en los siguientes términos:

“...Sobre el particular, la Sala observa que el artículo 6º del acto demandado no señala frecuencia alguna y, antes por el contrario, deja a la autonomía de las Empresas Prestadoras de Salud dicha definición.

A su turno, si bien es cierto que el artículo 5º de la Resolución 5261 señala que a partir de la tercera consulta se cobrará la cuota moderadora, también lo es que es el mismo artículo 187 de la Ley 100 de 1993 el que dispone que los afiliados y beneficiarios del

Sistema General de Seguridad Social de Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles; que para los afiliados cotizantes estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del Sistema; y que en el caso de los demás beneficiarios los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud y si, como ya lo definió la Corte Constitucional, de conformidad con la Ley 100 de 1993 es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, como máximo ente rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el competente para definir el régimen de pagos compartidos, ley que, se reitera, estableció que el cobro de las cuotas moderadoras tiene como finalidad "racionalizar el uso de servicios del Sistema", no encuentra esta Corporación la pretendida violación de los artículos 187 y 5º en cita.

(...) Finalmente, en cuanto a la afirmación del actor en el sentido de que las consultas médicas especializadas, los medicamentos y los exámenes de laboratorio, diagnóstico e imagenología se derivan de la atención médica inicial u odontológica general, los cuales, a su juicio, por tal razón no pueden ser irracionalmente utilizados y, por tanto, no pueden ser merecedores del cobro de cuota moderadora alguna por cuanto su objetivo, de conformidad con la Ley 100, es racionalizar el uso de servicios del Sistema, la Sala observa, de una parte, que no es cierto que tales servicios se deriven únicamente de la atención inicial u odontológica general, pues los especialistas también pueden formular medicamentos y ordenar las diferentes clases de exámenes, circunstancia que podría dar lugar a un uso irracional de tales servicios y, de otra parte, que la otra finalidad de tales cuotas es la financiación del Plan Obligatorio de Salud, cuyos afiliados hacen parte, o bien del régimen contributivo, en cuanto tienen capacidad de pago, o bien del régimen subsidiado, en cuanto no tienen capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. (...)"

Por lo expuesto habrá de declararse la existencia de cosa juzgada con relación al cargo de violación del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 por la autorización que el acuerdo demandado confirió a las EPS para que cobraran cuotas moderadoras **por servicios distintos de la consulta inicial** que permite el acceso a los servicios del sistema.

6.4.3. Otros cargos.

6.4.3.1. El artículo 5 del acuerdo demandado, en cuanto dispuso que "las Entidades Promotoras de Salud podrán organizar y establecer la aplicación de cuotas moderadoras y copagos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo, sin que se requiera autorización previa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud", permitió que los pagos moderadores fueran definidos por las EPS interesadas **sin intervención estatal**, desconociendo que el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 otorgó al Gobierno Nacional la competencia para definir el régimen de dichos pagos, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad

Social en Salud, y que la facultad de intervención, dirección y control del sistema corresponde al Estado de conformidad con el artículo 48 superior y los artículos 154 - literales a) y c) -, y 170 ibídem.

- Este cargo no prospera porque parte de una interpretación errada del texto cuestionado que en parte alguna autoriza a las EPS para definir el régimen de pagos moderadores sin intervención estatal; por el contrario, para organizar y establecer su aplicación “de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo.” Luego, si el texto demandado obliga a las EPS a aplicar el régimen de pagos moderadores definido por el CNSSS y ésta es la autoridad a quien los artículos 171, 172 y 187 de la Ley 100 de 1993 otorgan competencia para el efecto, como se concluyó al decidir el primer cargo con argumentos a los cuales se remite la Sala, entonces cabe concluir que no se violó el artículo 48 superior, a cuyo tenor el derecho a la seguridad social comprenderá la prestación de servicios en la forma que determine la Ley, ni el artículo 49 ibídem que faculta al Estado para organizar, dirigir y reglamentar el servicio público de salud; establecer las políticas para su prestación y ejercer su vigilancia y control.

El hecho de que por mandato de la norma demandada las EPS puedan aplicar el régimen de pagos moderadores definidos por el CNSSS **sin autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud**, no viola los artículos 48 y 49 superiores, ni el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 porque esas disposiciones no establecen esa autorización previa como condición para la aplicación del régimen mencionado.

Esa atribución tampoco se la confiere a la Superintendencia el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, como afirma el actor, el cual señala que “El Estado intervendrá en el servicio público de seguridad social en salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política para: “a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2º y 153 de esta ley; (...) c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la seguridad social en salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;

Los literales mencionados del artículo 154 de la Ley 100 de 1993 no establecen que las EPS deban someter a autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud el régimen de pagos moderadores. Y las normas constitucionales en que se apoya ese artículo tampoco.⁸

⁸ En efecto, el artículo 334 trata sobre la intervención del Estado en la dirección de la economía; el artículo 365 ibídem sobre las facultades de regulación, control y vigilancia del Estado sobre los

El artículo 170 de la Ley 100 de 1993 en que se funda igualmente la acusación, creó el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud pero no sujetó la aplicación del régimen de pagos moderadores a autorización previa de la Superintendencia del sector.

En la fecha de expedición de la norma demandada las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud estaban previstas en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1259 de 1994 que reestructuró la Superintendencia Nacional de Salud y entre esas funciones no estaba la de autorizar previamente la aplicación del régimen de pagos moderadores por parte de las EPS.⁹

- Finalmente, el actor agregó que por virtud de la norma acusada algunas EPS cobran cuotas moderadoras en oportunidades en que no procede y por valores superiores a los que los servicios y medicamentos tienen en el mercado, lo cual se convierte en una barrera de acceso a los servicios y vulnera el principio de integralidad.

Este cargo será estudiado en forma conjunta con el que viene a continuación, dada la estrecha relación.

6.4.3.2. El actor cuestionó la legalidad del aparte del artículo 6º ibídem que dispone que las cuotas moderadoras se cobrarán **en las frecuencias que autónomamente definan las EPS** y del artículo 13 que dispone igualmente que dichas entidades **“están en libertad para definir las frecuencias de aplicación de las cuotas moderadoras y copagos”** y **“para definir de manera general el no pago de cuotas moderadoras en los casos de órdenes de ayudas diagnósticas o de fórmulas de medicamentos con dos o menos ítems”**.

Aseguró que las disposiciones mencionadas violan el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 que señala expresamente que *“las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables los pagos moderadores serán definidos por el Gobierno Nacional previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”*.

servicios públicos y el artículo 370 ibídem a la facultad del Presidente de la República para señalar con sujeción a la ley las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten. Pero en parte alguna de dichas normas se exige autorización previa de la Superintendencia referida para poder expedir o aplicar el régimen de pagos moderadores.

⁹ El Decreto 452 del 2000 reestructuró la Superintendencia en el marco del artículo 54 de la Ley 489 de 1998 pero esta reforma fue inocua porque no se adoptó la nueva planta de personal establecida como condición de su cumplimiento. Las reformas posteriores, mediante Ley 1122 de 2007 y Decreto 1018 de 2007 (30 de marzo), no deben considerarse en vista de que el acto demandado se profirió en 2004.

Afirmó que la función de definir el régimen de copagos debe ser ejercida por el Estado, a quien corresponde la Dirección y control de la seguridad social en salud, de acuerdo con los artículos 48 superior, 154, 170 y 172 de la Ley 100 de 1993.

Advierte la Sala que la **autonomía relativa** conferida a las EPS para definir la frecuencia de cobro de cuotas moderadoras y copagos no constituye una renuncia del Estado respecto de su deber de definir el régimen de pagos moderadores de que trata del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, quien de hecho la ejerció al regular detalladamente en el acuerdo demandado algunas materias propias de dicho régimen y limitó severamente las actividades de las EPS.

En efecto, en dicho acuerdo prohibió que se cobraran copagos a los cotizantes (artículo 3º); señaló que los pagos moderadores deberían cobrarse teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante, o el menor ingreso declarado si en el núcleo familiar existen varios cotizantes (artículo 4); prohibió el cobro de copagos y cuotas moderadoras simultáneamente a los afiliados, así como la discriminación a las personas o convertir los pagos moderadores en barreras de acceso al servicio (artículo 5). También señaló la clase de servicios a los que pueden aplicarse (artículo 6) y aquéllos a los que no pueden aplicarse (artículo 7) y estableció límites al monto susceptible de ser cobrado por concepto de cuotas moderadoras y copagos (artículos 8 y 9) y el tope máximo de copagos por afiliado beneficiario (artículo 10). Así mismo prohibió el cobro de pagos en la atención prenatal, el parto y sus eventuales complicaciones y la atención del niño durante el primer año de vida (artículo 12).

Además de las limitaciones anteriores, la libertad de regulación de la frecuencia de los pagos moderadores está supeditada por el mismo artículo 13 que la confiere, a antigüedad del afiliado, a los estándares de uso del servicio y a las exenciones consagradas en la misma norma.

No sobra agregar que la jurisprudencia constitucional ha limitado el derecho de las EPS de cobrar las cuotas moderadoras y los copagos y el deber de sus usuarios de cancelarlos en los eventos en que los usuarios de los servicios de salud no tienen la posibilidad de pagarlos o controvierten su validez, caso en el cual deben prestarse los servicios y suministrarse los medicamentos requeridos, aunque la EPS pueda perseguir su pago posteriormente si lo considera exigible de acuerdo con las normas vigentes.

Conviene precisar que la facultad del Estado para regular una actividad no significa que éste deba reglamentar al detalle cada uno de sus pasos o imponerle a la entidad que la desarrolla únicamente obligaciones, pues sin duda puede conferirle facultades, de acuerdo con las necesidades o conveniencia del caso, como en el presente asunto.

- Por último, no procede la anulación del apartado del artículo 13 del acuerdo demandado en virtud del cual *“En todo caso deberán contar con un sistema de información que permita conocer las frecuencias de uso por afiliado y por servicios, de manera tal que en un año calendario esté exenta del cobro de cuota moderadora la primera consulta o servicio previstos en el artículo 6º del presente acuerdo con excepción de la consulta externa médica de que trata el numeral 1”*.

El demandante cuestionó equivocadamente este texto sobre la base de que confería autonomía a las EPS para definir las frecuencias de cobro de las cuotas moderadoras, cuando en realidad trata de una materia distinta y ni siquiera concede una facultad a las EPS sino obligaciones, consistentes en tener un sistema de información que permita conocer las frecuencias de uso por afiliado y por servicios, y exonerar del cobro de cuota moderadora la primera consulta o servicio previstos en el artículo 6º del acuerdo, con la excepción allí señalada.

Nada obsta tampoco para que el órgano estatal competente para definir el régimen de pagos moderadores disponga su exoneración en los casos que estima pertinente, como en efecto lo dispuso en el inciso segundo del artículo 13 demandado.

En suma, el cargo en estudio no prospera porque el actor no demostró que las limitadas facultades conferidas por las normas demandadas a las EPS para definir la frecuencia de cobro de los pagos moderadores implique una renuncia a su competencia de definir los aspectos relevantes del régimen de dichos pagos o que las normas demandadas hubieran delegado en las EPS dicha función. Además se avala la facultad otorgada a las EPS para definir los asuntos en que no se cobren cuotas moderadoras para casos de prevención o fomento de ciertas actividades.

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

FALLA

Primero: Con relación al cargo de falta de competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para proferir el acto acusado, y al cargo de violación del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 por permitirse el cobro de pagos moderadores en situaciones distintas a la de la primera consulta del usuario para acceder a los servicios de las empresas promotoras de salud, estese a lo resuelto por esta Sala en la sentencia 30 de octubre de 2008 (Expediente No. 110010324000200500071 01, M. P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón).

Segundo. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Tercero. Se admite a JUAN MANUAL DÍAZ GRANADOS ORTÍZ como tercero opositor a las pretensiones de la demanda.

Cuarto. Se reconoce a JAVIER EDUARDO NOGUERA RODRÍGUEZ como apoderado del Ministerio de Hacienda en los términos en que está conferido el poder obrante a folio 191 del expediente, y a MARÍA ELENA ALEMÁN NIÑO como apoderada judicial del Ministerio de la Protección Social, de conformidad con el poder obrante a folio 280 ibídem.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

