

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Competencia para definir régimen de pagos compartidos / COPAGOS Y CUOTAS MODERADORAS - Competencia del CNSSS / GOBIERNO NACIONAL - Concepto / MINISTROS - Jefes de la administración en CNSSS / CNSSS - Ministros como jefes de la administración

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 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: “Párrafo 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. Además de lo anterior, la misma Corte Constitucional declaró la executable del artículo 172, numeral 7 de la Ley 100 de 1993, fundamento del Acuerdo 260 que se demanda, teniendo en cuenta la declaratoria de executable del artículo 187 ibídem, decisión que adoptó bajo las siguientes consideraciones, entre otras: (...). 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.

CUOTAS MODERADORAS - Objeto: racionalizar uso de servicios del sistema y complementar financiación del POS / CNSSS - Competencia para definir pagos compartidos y cuotas moderadoras / PAGOS COMPARTIDOS - Legalidad Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS

De otra parte, el demandante sostiene que el Acuerdo 260 de 2004 viola lo dispuesto en el artículo 5º de la Resolución 5261 de 1994, proferida por el hoy Ministerio de la Protección Social, el cual preceptúa: (...). Lo anterior, por cuanto el Acuerdo demandado en su artículo 6º somete al pago de la cuota moderadora a los servicios de consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada; medicamentos para uso ambulatorio; exámenes de laboratorio clínico y de imagenología; y urgencias cuando su utilización no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona; y en su artículo 13 dispone que en un año calendario estará exenta del cobro de cuota moderadora la primera consulta o servicio de que trata el artículo 6º, a excepción de la consulta externa médica de que trata su numeral 1, mientras que el artículo 5º arriba transcrito habla de que el cobro de la cuota moderadora se hará a partir de la tercera consulta. 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.

CNSSS - Competencia para determinar el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras; fines

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. 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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00071-01

Actor: OSCAR IGNACIO CASTAÑO CORREA

Demandado: CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – CNSSS

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Decide la Sala, en única instancia, la demanda incoada por OSCAR IGNACIO CASTAÑO CORREA en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el Acuerdo 260 de 4 de febrero de 2004 *“Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y otros indicadores dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

I. ANTECEDENTES

a. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.

La parte actora considera que el acto acusado viola los artículos 115 de la Constitución Política; 187 de la Ley 100 de 1993; y 2º, párrafo de la Resolución 5261 de 1994, proferida por el hoy Ministerio de la Protección Social.

Se refiere a que el artículo 115 de la Constitución Política establece que el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos y que el ministro o director de departamento correspondiente, en cada negocio particular, constituyen con el Presidente el Gobierno.

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.

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

b. Las razones de la defensa

La NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en defensa de la legalidad del acto acusado sostiene que tanto el artículo 187, como el 172, numeral 7 de la Ley 100 de 1993 otorgan al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la misma función de definir el régimen de los pagos compartidos.

Anota que la Corte Constitucional estudió la naturaleza del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud¹ y concluyó que dicho ente es autónomo (dentro del marco constitucional y legal) en el cumplimiento de las funciones que señala la Ley 100 de 1993, sin que sus decisiones requieran aval o confirmación del Gobierno, funciones dentro de las cuales se encuentra, precisamente, la conferida en el numeral 7 del artículo 172 de la Ley 100, sobre la determinación del régimen de copagos y cuotas moderadoras.

Agrega que en igual sentido se pronunció la Corte Constitucional² al estudiar la demanda de exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100, pues consideró que es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud quien puede definir los pagos compartidos y precisó que éstos no se pueden convertir en barrera de acceso a los servicios e, inclusive, que no hay lugar a su pago cuando no se tenga capacidad económica para asumirlos y estén de por medio los derechos fundamentales a la vida y a la salud.

Menciona que la Corte Constitucional³ declaró la exequibilidad del artículo 172, numeral 7 de la Ley 100, luego es claro que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud es competente para definir el régimen de los copagos y cuotas moderadoras, que sus decisiones no requieren de pronunciamientos adicionales por parte del Gobierno Nacional y, en suma, que el Acuerdo 260 no trasgredió ni la Ley 100 ni el artículo 115 de la Constitución Política.

¹ Sentencia C-577 de 1995

² Sentencia C-542 de 1998

³ Sentencia C-710 de 2005

Frente al cargo de violación del artículo 187 de la Ley 100 y de la Resolución 5261 de 1994, señala que el mecanismo de los copagos y cuotas moderadoras se creó con la Ley 100 de 1993 con la finalidad de racionalizar los servicios de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud sin restringir su utilización, evitando así la demanda desmedida de servicios, mayores costos e induciendo a los usuarios a asumir una actitud más responsable frente a la prestación de los servicios, por cuanto con el pago de cuotas moderadoras y copagos se logra una compensación en la que el usuario que utiliza más servicios asume mayores costos, al igual que con el fin de complementar la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Pone de presente que la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que los pagos compartidos son recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que, por tanto, ostentan el carácter de parafiscales y tienen una destinación específica, por lo cual es claro que su régimen debe ser fijado atendiendo criterios de sostenibilidad y de financiación de tal Sistema, en tanto están llamados a financiar la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, siempre y cuando no constituyan barreras de acceso.

A su juicio, cuando el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determina el régimen de las cuotas moderadoras y de los copagos como mecanismo para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud tiene en cuenta lo señalado en la Ley 100 de 1993, pero sobre todo observa a cabalidad los artículos 1º, 48 y 49 de la Constitución Política y los principios que inspiran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, tales como la eficiencia, integralidad y solidaridad, así como la sostenibilidad y financiamiento del Sistema y, por supuesto, los principios básicos contenidos en el artículo 187 de la Ley 100.

Respecto de la Resolución 5261 de 1994 destaca que cuando ésta señala que el acceso a los servicios que ofrece el Sistema será por el primer nivel de atención o por el servicio de urgencias y que para los niveles subiguientes deberá ser remitido por un profesional en medicina general, el Ministerio de la Protección Social está determinando condiciones de operación del Sistema mismo a las cuales deben sujetarse los usuarios, las Empresas Prestadoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud, entre otros, con el objetivo de racionalizar los recursos y permitir que el usuario acceda a los servicios que requiere, orientado

por un profesional (médico general), quien lo remitirá al nivel y especialidad adecuada.

Agrega que en el cumplimiento de sus funciones el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud no está sujeto a actos de menor o igual jerarquía, como sería el caso de la Resolución 5261 de 1994 y los cuales en manera alguna pueden imponerle límites a las competencias asignadas por ley al citado Consejo.

A su juicio, no es posible afirmar tajantemente que el usuario no tiene posibilidad alguna de utilizar irracionalmente los servicios derivados de la consulta de medicina general, pues las más de las veces su comportamiento durante la consulta y posterior determina la utilización de otros servicios médicos y en todos estos casos las cuotas moderadoras son un elemento de racionalidad del acceso a los servicios.

Por su parte, la NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL al contestar la demanda observa que los artículos 48 y 49 de la Constitución Política consagran la seguridad social como un servicio público irrenunciable que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, tareas que igualmente le corresponden en relación con la prestación de los servicios de salud, garantizando su acceso en sus fases de promoción, protección y recuperación de la salud.

Señala que de conformidad con la Ley 100 de 1993 la orientación, dirección, regulación, supervisión, vigilancia y control la tiene el Estado por conducto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud.

Anota que la seguridad social, entendida como un derecho de carácter asistencial o prestacional y progresivo comporta para su realización de tres elementos fundamentales como son: la expedición de la reglamentación o regulación por la autoridad competente, la existencia de los administradores y prestadores del servicio y la financiación que implica el manejo de los recursos que garanticen la prestación de los servicios y la sostenibilidad y equilibrio financiero del Sistema.

Advierte que la realización material y efectiva de este derecho prestacional no puede tener como soporte un sistema normativo integrado únicamente por los artículos 11, 48, 49 y 366 de la Constitución Política, sino un conjunto de normas que contribuyan a dicho cometido, tales como los artículos 172, numeral 7 y 182

de la Ley 100 de 1993, normativa toda bajo la cual el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, como ente rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud, expidió el Acuerdo 260 cuya nulidad se pretende.

Se refiere a que el acto acusado establece en sus artículos 1º y 2º, respectivamente, que las cuotas moderadoras serán aplicables únicamente a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios en el régimen contributivo, mientras que los copagos se aplicarán única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios en el régimen contributivo y los afiliados al régimen subsidiado.

Considera que si bien es cierto que los artículos 6º y 13 establecen una autonomía en las Empresas Prestadoras de Salud para señalar la frecuencia de las cuotas moderadoras que se aplicarán a los servicios previstos en el artículo 6º, también lo es que esta posibilidad en cabeza de estas entidades está condicionada por las mismas normas al señalar las excepciones en las cuales no habrá lugar a su cobro, como es el caso de la atención de urgencias y los casos en los cuales el usuario esté inscrito en un programa especial de atención integral para patologías específicas; además, de otra parte establecen que en todo caso las Empresas Prestadoras de Salud 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 de los aquí previstos, con excepción de la consulta externa médica; asimismo, las Empresas Prestadoras de Salud se encuentran en la libertad de 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, de donde se colige que este ámbito de acción se encuentra debidamente definido.

Resalta que los acuerdos mediante los cuales el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha determinado los montos de pagos de las cuotas moderadoras y los copagos según rango de ingreso aplican el principio de progresividad, según el cual a menor capacidad de pago menor cuota y a mayor capacidad mayor cuota.

Concluye que la decisión adoptada mediante el acto acusado es un mecanismo para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud, para lo cual se tuvieron en cuenta no solamente los artículos 1º, 48 y 49 de la Constitución Política, sino los principios que inspiran el Sistema General de Seguridad Social en

Salud, tales como la eficiencia, integralidad y solidaridad, así como la sostenibilidad y financiamiento del Sistema.

Por último, propone la excepción de inepta demanda, por cuanto, a su juicio, el actor se limitó a citar como violadas unas normas sin la elaboración conceptual necesaria para que el juez contencioso administrativo entienda claramente los reparos formulados, es decir, que considera que la demanda carece del requisito al que alude el artículo 137, numeral 4 del C.C.A.

c.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del 22 de abril de 2005 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite correspondiente.

Dentro del término para alegar de conclusión hizo uso de tal derecho el representante del Ministerio Público.

d. Impugnante

Dentro del término establecido para el efecto el ciudadano JAIRO ANTONIO MORENO MONSALVE impugnó la demanda y para el efecto esgrimió los siguientes argumentos:

Que mediante sentencia C-577 de 1995 la Corte Constitucional declaró la inexecutable del párrafo 3 del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, que atribuía al Gobierno Nacional la función de definir el régimen de pagos compartidos de que trata el artículo 187 ibídem, obligación reiterada en el artículo 156, literal m) ibídem, que también fue declarado inexecutable en la misma sentencia.

Frente a la posible violación del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, señala que el cobro de las cuotas moderadoras a los cotizantes como mecanismo para racionalizar el consumo o uso de servicios busca también que el gasto no se desborde, lo cual es una necesidad sentida en los sistemas de seguridad social.

En relación con los exámenes de diagnóstico por imagenología ordenados en forma ambulatoria, pone de presente que se cobran cuando requieren autorización adicional a la del médico tratante. La norma refiere a los servicios de alto nivel de complejidad, pues de acuerdo con el artículo 110 de la resolución 5261 de 1994, la utilización de los servicios incluidos en el nivel III de complejidad requiere la aprobación previa de la Empresa Prestadora de Salud, quien podrá utilizar para ello comités médico científicos, quienes deberán ceñirse a las Guías de Atención Integral.

En tal caso, el estudio que se realiza para la aprobación previa pone freno a la presión que puede ejercer el usuario para la prescripción del examen y, por tal razón, no se encuentra sujeto a cuota moderadora.

En relación con el artículo 6º, numeral 6 del Acuerdo 260 menciona que no se cobra cuota moderadora solamente cuando la atención en el servicio de urgencias obedezca a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o requieran protección inmediata con servicios de salud. En los demás casos, se trata de servicios sobre los cuales puede presentarse un uso irracional de manera directa por parte del usuario.

Respecto del párrafo 1º aclara que en ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias, lo cual permite que el usuario sea atendido incluso en los casos en los cuales se presenta uso irracional, eso sí, sin perjuicio del cobro posterior, pues de lo contrario la medida para racionalizar el uso sería inocua.

Se refiere a que el párrafo 2º del artículo 6º establece que si el usuario está inscrito o se somete a programas especiales para patologías específicas en donde hay planes rutinarios de actividades de control no habrá lugar al pago de cuotas moderadoras en dichos servicios. De esta manera, a diferencia de los contenidos en los numerales 2 a 5, donde los usuarios pueden sugerir o inducir al médico para que expida la remisión o la orden –según el caso-, se procura incentivar el uso de los servicios que requieren el desarrollo de planes rutinarios durante el tratamiento del usuario.

II. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, después de transcribir apartes de las sentencias C-542 de 1998 y C-577 de 1995 sostiene que la Ley 100 de 1993 fijó los criterios para establecer las cuotas moderadoras y copagos dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por tanto, autorizó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para fijar su monto y establecer las condiciones, criterios y requisitos para su cobro. En consecuencia, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud no requería de la autorización previa del Gobierno Nacional, si se tiene en cuenta que es el órgano al que le compete adoptar las decisiones del Sistema, previa concertación entre sus integrantes públicos y privados.

De igual manera, transcribe apartes de la sentencia⁴ mediante la cual se resolvió la acción de nulidad del Acuerdo 30 del 27 de marzo de 1996 *“Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y con fundamento en ella considera que no hay duda de que la competencia para definir el régimen de pagos compartidos es de éste y no del Gobierno Nacional.

De otra parte, considera que si bien es cierto que la finalidad de las cuotas moderadoras es la de evitar el uso irracional de los servicios del Sistema y que en el caso del acceso a la consulta especializada es necesaria la remisión del médico general y, en consecuencia, que podría afirmarse que estos servicios no pueden ser utilizados irracionalmente, no puede desconocerse que la Ley 100 le atribuye competencias al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para regular la materia, ya que el artículo 172 le otorga, entre otras funciones, la de definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, definir el monto de la cotización de los afiliados al Sistema dentro de los límites previstos en el artículo 204 ibídem, definir el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud, definir el régimen de pagos compartidos de que tratan los artículos 160, numeral 3 y 164 y 167 ibídem.

A su juicio, el Acuerdo no resulta violatorio del artículo 187 de la Ley 100 ni del párrafo del artículo 2º de la Resolución 5261 de 1994, en cuanto éstos no limitan el cobro de cuotas moderadoras exclusivamente a las consultas de médico

general, además de que el Sistema General de Seguridad Social en Salud necesita de tales cuotas para lograr una cabal financiación de acuerdo con los principios de universalidad, equidad y solidaridad que lo rigen.

En los anteriores términos, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

III CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, la Sala se pronunciará respecto de la excepción de inepta demanda planteada por el apoderado del Ministerio de la Protección Social, en cuanto considera que no reúne el requisito previsto en el artículo 137, numeral 4 del C.C.A.

Para la Sala, del contenido de la demanda se desprende claramente que el actor atribuye falta de competencia al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para proferir el acto acusado, al igual que para establecer el pago de cuotas moderadoras para, por ejemplo, consultas especializadas, medicamentos, exámenes de diagnóstico, etc., es decir, que cumplió con su deber de emitir el concepto de violación, razón por la cual la Sala declarará no probada dicha excepción.

El Acuerdo 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”* en su artículo 1º señala que 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 Empresas Prestadoras de Salud; en su artículo 2º define los copagos como los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y que tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema; en su artículo 3º dispone que las cuotas moderadoras serán aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios y los copagos única y exclusivamente a los afiliados beneficiarios, y que 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; en su artículo 4º establece que las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso

⁴ Sentencia del 17 de julio de 1997, exp. núm. 4134, Consejero Ponente, Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

base de cotización del afiliado cotizante (IBC) y que 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; en su artículo 5º impone que en la aplicación de cuotas moderadoras y copagos se respeten los principios básicos de equidad, información al usuario, aplicación general y no simultaneidad; en su artículo 6º menciona que se aplicarán cuotas moderadoras, en las frecuencias que autónomamente definan las Empresas Prestadoras de Salud, a los servicios de consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada, consulta externa por médico especialista, fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios, exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico y por imagenología ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante, 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; en su artículo 7º establece que se deberán aplicar copagos a todos los servicios contenidos en el POS con excepción de los servicios de promoción y prevención, de los programas de control en atención materno infantil y enfermedades transmisibles, enfermedades catastróficas o de alto costo, atención inicial de urgencias y de los servicios enunciados en el artículo 5º; en su artículo 8º preceptúa que las cuotas moderadoras se aplicarán por cada actividad contemplada en su artículo 6º a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos; en su artículo 9º dispone que 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; en su artículo 10º señala el tope máximo de copagos por afiliado beneficiario; en su artículo 11 establece las contribuciones de los afiliados dentro del régimen subsidiado; en su artículo 12 prohíbe, en el régimen subsidiado, 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; en su artículo 13 pone en libertad a las Empresas Prestadoras de Salud para definir las frecuencias de aplicación de las cuotas moderadoras y copagos teniendo en cuenta la antigüedad del afiliado y los estándares de uso de servicios, e impone que en un año calendario estará exenta del cobro de cuota moderadora la primera consulta o servicio previstos en el artículo 6º, con excepción de la consulta externa médica de que trata su numeral 1; también las pone 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; y para 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 Instituciones Prestadoras de Salud en los términos en que estas lo acuerden; y en su artículo 14 deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los Acuerdos 30 y 61 y el artículo 9º del Acuerdo 218.

La primera censura la hace consistir el actor en la violación de los artículos 115 de la Constitución Política y 187 de la Ley 100 de 1993, el primero de los cuales dispone que en cada negocio particular el Gobierno Nacional está constituido por el Presidente y por el ministro o director del Departamento Administrativo correspondiente y el segundo establece que los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles, los cuales serán definidos de acuerdo con la estratificación socio económica, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional.

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 continuación⁵:

“Artículo 156. ...

“a) ...

“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

⁵ Sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995, Magistrado Ponente, dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*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:

"Párrafo 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 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 executable del artículo 172, numeral 7 de la Ley 100 de 1993⁶, fundamento del Acuerdo 260 que se demanda, teniendo en cuenta la declaratoria de executable del artículo 187 *ibídem*⁷, decisión que adoptó bajo las siguientes consideraciones, entre otras:

⁶ Sentencia C-542 de 1º de octubre de 1998, Magistrado Ponente, dr. Hernando Herrera Vergara.

⁷ Sentencia C-710 de 6 de julio de 2005, Magistrado Ponente, dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*“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.

De otra parte, el demandante sostiene que el Acuerdo 260 de 2004 viola lo dispuesto en el artículo 5º de la Resolución 5261 de 1994, proferida por el hoy Ministerio de la Protección Social, el cual preceptúa:

“Artículo 5o. Consulta médica general o paramédica. Es aquella realizada por un médico general o por personal paramédico y se considera como la puerta de entrada obligatoria del afiliado a los diferentes niveles de complejidad definidos para el Sistema de Seguridad Social en Salud. Se establece que de acuerdo a las frecuencias nacionales, un usuario consulta normalmente al médico general en promedio dos (2) veces por año; a partir de la tercera consulta se establecerá el cobro de cuotas moderadoras de acuerdo con el reglamento respectivo, salvo cuando se trate de casos de urgencia o para inscritos en programas con guías de atención integral. Las Entidades Promotoras de Salud podrán permitir la utilización de medicinas alternativas siempre y cuando estas se encuentren autorizadas para su ejercicio y cuando medie previa solicitud del paciente.

“Parágrafo. El incumplimiento injustificado a consultas, terapias, exámenes diagnósticos o cualquier tipo de servicios que se hayan solicitado previamente obliga al usuario a pagar a la E.P.S. su valor correspondiente”.

Lo anterior, por cuanto el Acuerdo demandado en su artículo 6º somete al pago de la cuota moderadora a los servicios de consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada; medicamentos para uso ambulatorio; exámenes de laboratorio clínico y de imagenología; y urgencias cuando su utilización no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona; y en su artículo 13 dispone que en un año calendario estará exenta del cobro de cuota moderadora la primera consulta o servicio de que trata el artículo 6º, a excepción de la consulta externa médica de que trata su numeral 1, mientras que el artículo 5º arriba transcrito habla de que el cobro de la cuota moderadora se hará a partir de la tercera consulta.

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.

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.

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

F A L L A

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MARCO ANTONIO VELILLA M.
Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN