

ACTO GENERAL DEROGADO - Procedencia de control de legalidad / ACCION DE NULIDAD - Procede contra acto general derogado / DEROGATORIA DE ACTO GENERAL - No recobra el imperio del orden jurídico / ACCION DE NULIDAD - Finalidad

Según se ha informado, esa resolución fue derogada en su integridad por el artículo 30 de la resolución 3099 de 2008. Por consiguiente, las disposiciones acusadas desaparecieron del mundo jurídico. No obstante, por tratarse de disposiciones administrativas generales son susceptibles de la acción ahora incoada, toda vez que la derogación tiene efectos ex – nunc, lo cual implica que el acto derogado mantiene su presunción de legalidad por todo el tiempo que estuvo vigente; presunción que es iuris tantum o mientras no se declare lo contrario, lo que está reservado a esta jurisdicción a instancia de parte que alegue y demuestre la ilegalidad del acto administrativo general derogado, siguiendo los derroteros jurisprudenciales de la sentencia S-157 de 14 de enero de 1991, con ponencia del consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta, consignados en el siguiente aparte: *“...la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia”*.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 3099 DE 2008 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la acción de nulidad contra actos administrativos generales derogados, sentencia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación S-157, del 14 de enero de 1991, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 11 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 12 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 17 (NO ANULADO)

RECOBRO ANTE EL FOSYGA - Legalidad del requisito de anexar primera copia de la sentencia de tutela ejecutoriada / SENTENCIA DE TUTELA EJECUTORIADA - Requisito en procedimiento de recobro ante el FOSYGA / SENTENCIA EJECUTORIADA - Ejecución. Fundamento legal / EJECUCION DE SENTENCIAS - Requiere ejecutoria de la sentencia

En ese orden, se ha de empezar por poner de presente que el cuestionado requisito de la primera copia de la sentencia ejecutoriada de la respectiva sentencia de tutela, no está referido directamente al cumplimiento de la misma, sino al pago del recobro de que tratan las normas enjuiciadas, es decir, para la efectividad de un derecho en cabeza de las EPS en los casos de que se ocupa la resolución atacada, lo cual implica un trámite administrativo posterior al cumplimiento de la sentencia y relacionado con un derecho del demandado

previsto en la normatividad que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así las cosas, la Sala no encuentra que el censurado requisito se oponga o viole las normas superiores que se indican como violadas en este cargo. Por el contrario, las encuentra acompañadas con ellas en la medida en que el artículo 174 del C.C.A. justamente establece que las sentencias ejecutoriadas son obligatorias para los particulares y la Administración; el 176 ibídem se ocupa de la ejecución de las sentencias ejecutoriadas; y el 179 del mismo código remite a los artículos 334 y 339 del C. de P.C., que a su turno y en su orden prevén que podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas y que en las sentencias se puede reconocer el derecho de retención. Por otra parte, el artículo 488 del C. de P.C. es la conocida disposición que trata los títulos ejecutivos, dentro de los cuales incluye a las sentencias de condena y las providencias judiciales que tengan fuerza ejecutiva, que de suyo han de estar ejecutoriadas, según las normas atrás comentadas.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 174 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 176 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 179 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 334 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 339 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 488

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 11 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 12 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 17 (NO ANULADO)

ACCION DE TUTELA - Régimen jurídico / ACCION DE TUTELA - Cumplimiento del fallo por la autoridad responsable del agravio / MEDIDAS PROVISIONALES EN LA ACCION DE TUTELA - No tienen carácter definitivo / SENTENCIA DE TUTELA - Alcance de la proferida en primera instancia / SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA - Cumplimiento inmediato no implica cosa juzgada ni inmutabilidad de la decisión / SENTENCIA DE TUTELA - Ejecutoriedad o firmeza / FIRMEZA - Eventos tratándose de sentencia de tutela / RECOBRO ANTE EL FOSYGA - Procedencia una vez la sentencia de tutela esté en firme / RECOBRO ANTE EL FOSYGA - No puede obstaculizarse so pretexto de eventual revisión del fallo de tutela

En lo que concierne a las normas del Decreto 2591 de 1991, “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*”, se tiene que el artículo 7 se refiere a las medidas provisionales para proteger un derecho dentro de la acción de tutela; el 27 establece el cumplimiento del fallo sin demora una vez proferido; el 31 se ocupa de la impugnación del fallo y el 35, de la necesidad de la motivación en las decisiones de revisión que profiera la Corte Constitucional. Visto el contenido de esos preceptos, tampoco se encuentra que las disposiciones administrativas acusadas les sean contrarias o resulten incompatibles, puesto que además de que aquellos tratan del cumplimiento del fallo por “*la autoridad responsable del agravio*”, y que las segundas no se ocupan de ese aspecto, tal como atrás se precisa, se observa que al tenor de los artículos 7, 31, 35 y 36 del citado decreto, el cumplimiento “*sin demora*” de la sentencia de tutela no significa cosa juzgada y la proferida en primera instancia, así como las medidas provisionales autorizadas en el artículo 7 no son definitivas. Es así como el citado artículo 7 en su inciso final prevé que el juez podrá, de oficio o a petición de parte, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado. El

31, según ya se reseñó, consagra la impugnabilidad de la referida sentencia por las partes y el Ministerio Público. El 35, a su turno, señala que la sentencia examinada por la Corte en revisión, que por cierto es en efecto devolutivo, puede ser revocada o modificada; en tanto que el 36 establece que el juez o tribunal competente de la primera instancia deberá adecuar su fallo a lo dispuesto en la sentencia de revisión. Significa, entonces, el precedente análisis que el cumplimiento inmediato de los fallos que en primera instancia amparen un derecho fundamental en acción de tutela, no equivale a cosa juzgada ni implica inmutabilidad de tales fallos, como tampoco los hace definitivos. La ejecutoriedad o firmeza de esos fallos se da por los mismos supuestos que operan para toda sentencia judicial, esto es, que no se hubiere impugnado o recurrido o que éstos se hubieren resuelto, lo cual es precisado así incluso por la Corte Constitucional en la citada sentencia T-760 de 2008, al señalar en su parte resolutive: “Vigésimo quinto.- Ordenar al administrador fiduciario del Fosyga que, a partir de la notificación de la presente sentencia, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden (léase el fallo que ordena) se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional”

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 – ARTICULO 7 / DECRETO 2591 DE 1991 – ARTICULO 31 / DECRETO 2591 DE 1991 – ARTICULO 35 / DECRETO 2591 DE 1991 – ARTICULO 36

NOTA DE RELATORIA: Sobre la firmeza o ejecutoria de los fallos de tutela, Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 11 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 12 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 17 (NO ANULADO)

RECOBRO ANTE EL FOSYGA - Justificación de exigencia de la ejecutoria del fallo de tutela / RECOBRO ANTE EL FOSYGA - Circunstancias que lo generan pueden variar en segunda instancia o en sede de revisión

Lo así prescrito en la citada sentencia T-760, por contera permite advertir que la exigencia de que el fallo que sustente el recobro deba estar ejecutoriado no es ajeno o extraño al ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, resulta razonable, lógico y acorde con el mismo, lo que se hace más palpable a la luz de la realidad jurídica en que se enmarcan los aludidos recobros y las consiguientes situaciones que se pueden dar alrededor de ellos, puntualizadas justamente en la pluricitada sentencia T-760 en el 6.2 de sus consideraciones, en las que se aprecian que no todo recobro debe ser pagado por el FOSYGA y que las circunstancias que en primera instancia lo generen, pueden variar o desaparecer en el fallo de segunda instancia, e incluso de revisión. (...) De lo anterior se puede inferir también, que no toda orden dada en un fallo de tutela para amparar o proteger el derecho fundamental de la salud, implica necesariamente el derecho de la EPS condenada, al recobro ante el FOSYGA de los pagos que excedan el POS, ya que muchas circunstancias verificables a posteriori del fallo pueden determinar que esos pagos no deba asumirlos el FOSYGA, lo cual puede darse

incluso en la sentencia de revisión, como justamente ocurrió en la sentencia T-760 de 2008, en la medida en que luego de confirmar las decisiones proferidas por numerosos juzgados dentro de los respectivos procesos de acción de tutela, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de los accionantes, dispuso en la parte final de su numeral Décimo quinto: *“Así mismo revocar las órdenes, proferidas en los mismos procesos, de recobrar ante el Fosyga por los costos de los procedimientos.”*

NOTA DE RELATORIA: Sobre la firmeza o ejecutoria de los fallos de tutela, Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 11 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 12 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 17 (NO ANULADO)

PRINCIPIO DE CELERIDAD - Inexistencia de violación con requisito de anexar sentencia ejecutoriada de tutela a trámite de recobro al FOSYGA / RECOBRO ANTE EL FOSYGA - Inexistencia de violación del principio de celeridad con exigencia de sentencia de tutela ejecutoriada

En el tercer cargo se denuncia la violación del artículo 209 de la Constitución Política, por vulneración de los principios señalados en el mismo, en especial el de celeridad de la función administrativa. Esa acusación no pasa de ser una opinión o una mera afirmación del actor, puesto que no demuestra cómo la fijación de un requisito que está acorde con la normatividad superior y la jurisprudencia pueda afectar negativamente o generar retardo injustificado en el trámite del asunto una vez la interesada ha cumplido con ese y todos los demás requisitos que para el efecto estén señalados. Si a lo que se refiere el actor es a la afectación de la prontitud o inmediatez con que la interesada puede presentar su solicitud de recobro al FOSYGA, o lo que es igual, a la oportunidad para iniciar el trámite, la respuesta a su inconformidad está dada en lo precisado en el examen del primer cargo, esto es, que esa oportunidad está determinada por circunstancias inherentes al asunto, a las cuales justamente responde el cuestionado requisito, y que se pueden resumir en que es conveniente llegar al punto del curso de la acción de tutela respectiva donde se tenga precisado quién es el responsable de atender el recobro que pueda generar el cumplimiento del fallo correspondiente, situación que en principio se da cuando el fallo quedó en firme, entendiendo como tal la situación en que el mismo no fue impugnado o ya se profirió la sentencia de segunda instancia, es decir, cuando se hubiere resuelto la impugnación. Por lo tanto, el cargo no tiene vocación de prosperar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 11 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 12 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 17 (NO ANULADO)

PRINCIPIO DE EFICIENCIA - En el servicio público de seguridad social / PRINCIPIO DE EFICIENCIA - Definición en materia de seguridad social / PRINCIPIO DE EFICIENCIA - Alcance en materia de seguridad social. Reiteración jurisprudencial / PRINCIPIO DE EFICIENCIA - Invulneración con

requisito de anexar primera copia de la sentencia de tutela ejecutoriada para recobro al FOSYGA

El cuarto cargo se basa en la violación del artículo 48 por desconocimiento del principio de eficiencia consagrado en éste, por cuanto se genera una demora injustificada de los pagos de los recobros. Atrás quedó visto que no es cierto que el requisito en cuestión demore per se los pagos de los recobros y menos que sea injustificado, puesto que en nada significa un retardo para que éstos se efectúen una vez se presente la solicitud con el cumplimiento de ese y los demás requisitos, y como está precisado encuentra justificación en las circunstancias ya anotadas. Además, se observa que el principio de eficiencia previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, está sujeto a los términos señalados en la ley, tal como se lee en su texto, a saber: “ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.” En ese orden, el tenor del artículo 2º de la Ley 100 de 1993 lo define diciendo que la “EFICIENCIA” es “la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”. En este caso, no se observa como el aludido requisito afecte dicho principio, menos cuando lo que persigue justamente es una mayor seguridad y efectividad en la utilización social y económica de los recursos de que habla la norma, cuya optimización es un imperativo para los sujetos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en salud, principalmente por su función social y adicionalmente por su carácter limitado, que la Corte Constitucional destaca en su sentencia T-760 de 2008. La Sala, justamente precisó que “la norma constitucional está dirigida más a que los sujetos que participan en la gestión o manejo del sistema de seguridad social en sus diferentes aspectos, cuiden y apliquen con la mayor racionalidad y optimización posible los recursos destinados a la prestación de los diferentes servicios que comprenden ese sistema, lo cual les impone la obligación de evitar el uso indebido e inadecuado de esos recursos”. Igualmente, en sentencia de 18 de junio de 2009, en la que se decidió una demanda de nulidad de una disposición similar, aunque contenida en una resolución del mismo ministerio y con el mismo objeto que antecedió a la ahora acusada, la Sala finalmente dejó expresado que “Concluye esta Corporación que tanto la primera copia del fallo de tutela con la constancia de ejecutoria como el certificado de existencia y representación legal con una vigencia no superior a 30 días de la fecha de solicitud del recobro no vulneran las disposiciones citadas por la actora, pues su razón de ser no es otra que otorgar convencimiento al FOSYGA de que los pagos que va a efectuar por concepto de recobro están respaldados por una decisión judicial en firme y que quien solicita el recobro es el titular del derecho, lo que garantiza que los recursos públicos que están a su cargo no sean malversados y sean destinados a la finalidad para la cual fueron dispuestos.”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: Sobre la racionalidad y optimización de los recursos destinados a la prestación de los diferentes servicios que comprenden el sistema de seguridad social en salud, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 2006 00375, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Sobre la legalidad de la exigencia de la primera copia del fallo de tutela con la constancia de ejecutoria para efectos del reobro ante el FOSYGA, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 2004 00410, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 11 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 12 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 17 (NO ANULADO)

PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Invulneración con requisito de anexar primera copia de la sentencia de tutela ejecutoriada para recobro al FOSYGA / SENTENCIA DE TUTELA EJECUTORIADA - Aportación de primera copia a procedimiento de recobro al FOSYGA no vulnera buena fe

Finalmente, el actor invoca la violación del artículo 84 de la Constitución Política, por desconocimiento del principio de la buena fe establecido en el mismo, toda vez que la constancia de ejecutoria exigida en la norma acusada no es necesaria ni aporta nada a la seguridad jurídica, ya que su cumplimiento es inmediato. Este cargo también se puede dar como respondido en las consideraciones y conclusiones de la Sala en el primer cargo, en la medida en que allí quedó evidenciado que la norma sí tiene justificación, es razonable y acorde con la normatividad procesal pertinente y que por lo mismo contribuye a la seguridad jurídica en el manejo de los recursos que gestiona el FOSYGA y que como tales son parte o pertenecen a todo el sistema de salud, cuya estabilidad y viabilidad depende justamente de la seguridad y eficiencia con que se gestionen esos recursos. Además, en la aludida sentencia de 18 de junio de 2009, frente al cargo de violación de la presunción de la buena fe, formulado con otros más, la Sala dejó sentado “que no le asiste razón al demandante, ya que la exigencia del requisito en cuestión propende por la protección de los recursos del FOSYGA, que tienen carácter público, la que podría verse afectada de aceptar como documento para el pago del recobro la simple copia del fallo de tutela, sin la constancia de ejecutoria, en cuanto podría darse el evento de que en primera instancia el fallo de tutela ordene, por ejemplo, el suministro de un medicamento por el resto de la vida del paciente y apelada la sentencia por la empresa promotora de salud el superior la revoque, razón por la cual esta última entidad sólo tendría derecho a recobrar el valor del medicamento que suministró durante el lapso que duró el trámite de la tutela, tiempo que sólo podría verificar el FOSYGA con la constancia de ejecutoria del fallo de primera instancia.”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 84

NOTA DE RELATORIA: Sobre la inexistencia de violación del principio de la buena fe con la exigencia de la primera copia del fallo de tutela, con la constancia de ejecutoria para efectos del recobro ante el FOSYGA, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 2004 00410, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 11 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 12 (NO ANULADO) / RESOLUCION 002933 DE 2006 DEL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL – ARTICULO 17 (NO ANULADO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C siete (7) de octubre del dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00368-00

Actor: CARLOS MEJIA GRISALES

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

La Sala decide en única instancia la demanda que en ejercicio de la acción instituida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo ha sido interpuesta para que se declare la nulidad parcial de una resolución expedida por el Ministerio de La Protección Social.

I.- LA DEMANDA

El ciudadano CARLOS MEJIA GRISALES, en uso de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda para que en proceso de única instancia la Sala acceda a las siguientes

1. Pretensiones

Que declare la nulidad de los apartes subrayados de los artículos 11, 12 y 17 de la Resolución número 002933 de 15 de agosto de 2006, "*Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela*", a saber:

Artículo 11. Requisitos especiales de la solicitud de recobros originados en fallos de tutela. Toda solicitud de recobro que deba ser reconocida y pagada por el Fosyga, por concepto de fallos de tutela, deberá presentarse a través de la dependencia de correo y radicación del Ministerio de la Protección Social o de la entidad que se defina para tal efecto.

A la solicitud diligenciada en el formato "FORMULARIO RADICACION DE SOLICITUDES DE RECOBROS" y su anexo, deberán acompañarse los siguientes documentos:

a) Formato de "SOLICITUD DE RECOBRO POR CONCEPTO DE PRESTACIONES ORDENADAS POR FALLOS DE TUTELA" numerada consecutivamente por cada paciente, el cual se adopta en la presente Resolución y que deberá diligenciarse en su totalidad;

b) **Primera** copia del fallo de tutela **con constancia de ejecutoria**. Para cuentas consecutivas originadas en el mismo fallo, se relacionará el número de radicado de la primera cuenta presentada en la cual se anexó la **primera** copia del fallo;

c) Original o copia de la factura de venta expedida por el proveedor, la cual debe ceñirse a lo establecido en el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario, en la que conste su cancelación. La factura debe identificar la entidad responsable del pago (EPS, EOC o ARS) nombre, valor y cantidad de los servicios prestados objeto del recobro donde estén desagregados las estancias, medicamentos, insumos, honorarios, derechos de sala, pruebas diagnósticas y demás servicios a recobrar según el caso y la identificación del afiliado al cual se prestaron los servicios. Cuando la factura incluya el tratamiento de más de un paciente, la información anterior deberá venir en forma desagregada y detallada para cada afiliado certificada por el proveedor;

d) Certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, en los casos de tutela por períodos mínimos de cotización, en los cuales se especifique la fecha de afiliación al Sistema General de Seguridad Social y a la EPS, identificando las semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha del otorgamiento de la prestación ordenada en el respectivo fallo. Para estos efectos el certificado de semanas cotizadas al sistema lo emitirá la respectiva EPS o EOC de acuerdo a la información reportada en sus formularios de afiliación y novedades;

e) Copia del Acta del Comité Técnico-Científico que negó el suministro del medicamento No POS, en forma previa a la acción de tutela, si fuere el caso;

f) Documento que evidencie la entrega o suministro del medicamento, actividad, procedimiento, intervención, elemento o servicio al paciente que puede ser la factura, la fórmula médica o formato diseñado para tal efecto por la EPS, ARS o EOC, que deberá ser firmado por el paciente o su acudiente con número de identificación como constancia de recibido.

Parágrafo 1º. Los documentos de que trata este artículo para cada solicitud de recobro deberán estar debidamente legajados y foliados con sujeción estricta al orden señalado en el presente artículo.

Parágrafo 2º. La entidad reclamante deberá garantizar el adecuado embalaje y envío de los recobros, la calidad y nitidez de los documentos de soporte.

Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro. Las EPS, EOC y ARS deberán tramitar y presentar en debida forma las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos y fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

Para efectos de las reclamaciones por concepto de medicamentos no incluidos en el POS y autorizados por el Comité Técnico-Científico, se tendrá en cuenta la fecha de radicación de la factura ante la EPS, EOC y ARS por parte del proveedor o la fecha del suministro efectivo del medicamento; y para el caso de recobros por concepto de medicamentos y de la prestación de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud, ordenados por fallos de tutela, se tendrá en cuenta **la fecha de expedición de la constancia de ejecutoria de la sentencia que la soporta** o la fecha de radicación de la factura ante la respectiva EPS, ARS o EOC por parte del proveedor.

En aquellos fallos de tutela que ordenen prestaciones sucesivas, **una vez vencido el término de ejecutoria de la sentencia que las soportan**, el plazo previsto en el Decreto-ley 1281 de 2002 se contará a partir del momento en que se preste el servicio, se suministre el medicamento, según sea el caso, o la fecha de radicación de la factura ante la respectiva EPS, ARS o EOC por parte del proveedor.

Artículo 17. Causales de aprobación condicionada de las solicitudes de recobro. Las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos y fallos de tutela tendrán aprobación condicionada, por las causales y códigos se señalan a continuación:

a) Cuando falte el certificado de existencia y representación legal de la EPS, EOC o ARS, conforme a lo dispuesto en el artículo 9° de la presente resolución. (Código 3-01);

b) Cuando falte el poder debidamente otorgado si actúa por intermedio de apoderado. (Código 3-02);

c) Cuando falte la lista de precios vigente de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS, de los proveedores de la entidad. (Código 3-03);

d) Cuando falte la certificación de los integrantes del Comité Técnico-Científico registrado ante la Superintendencia Nacional de Salud. (Código 3-04);

e) Cuando falte el plan general de cuotas moderadoras y copagos aplicables a sus afiliados. (Código 3-05);

f) Cuando las firmas de quienes suscriben el Acta del Comité Técnico-Científico no coinciden con las reportadas a la Superintendencia Nacional de Salud (Código 3-06);

g) Cuando la factura del proveedor o prestador del servicio no identifica la entidad responsable del pago (Código 3-07);

h) Cuando la factura del proveedor o prestador del servicio no identifica el afiliado atendido (Código 3-08);

i) Cuando al recobro no se adjunte la certificación del representante legal de la EPS, EOC o ARS, en la cual indica a qué factura imputa el respectivo suministro y/o prestación de servicio recobrado, únicamente para lo previsto en el inciso segundo del literal c) del artículo 10, de la presente resolución (Código 3-09);

j) Cuando la copia auténtica del fallo o fallos de tutela no contiene(n) la constancia de ejecutoria (Código 3-10);

k) Cuando la copia auténtica del fallo o fallos de tutela son ilegibles en su parte resolutive. (Código 3-11).

Para efectos de completar o actualizar la documentación, con excepción de la causal prevista en el literal j), la entidad reclamante dispondrá de un plazo no mayor a dos (2) meses, contados a partir de la información al representante legal o al apoderado de la entidad reclamante de tales causales, y su pago se efectuará, conforme se establece en el artículo siguiente.

Para las solicitudes que registren la causal j), el plazo para completar la documentación y allegar la constancia de ejecutoria, es de nueve (9) meses contados a partir de la fecha de información al representante legal o al apoderado de la entidad reclamante de tales causales.

Las solicitudes de recobro que sean objeto de aprobación condicionada recibirán el pago del 50% del valor liquidado en forma oficial por el Ministerio de la Protección Social o por la entidad autorizada que se defina para tal efecto, una vez surtida la auditoría, dentro del plazo señalado en el artículo 13 de la presente resolución. El 50% restante será cancelado una vez, la entidad reclamante complete o actualice la documentación objeto de la aprobación condicionada; tal pago deberá efectuarse por el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de radicación del formato "REMISION DOCUMENTACION RECOBROS DE MEDICAMENTOS NO POS Y FALLOS DE TUTELA CON ESTADO DE APROBACION CONDICIONADA".

Si no se completan o actualizan los documentos dentro de los términos previstos en el presente artículo, se entenderá desistida la solicitud y la entidad reclamante deberá reintegrar el 50% del valor liquidado en forma oficial, por el Ministerio de la Protección Social o por la entidad autorizada que se defina para tal efecto, de la reclamación que se le haya cancelado, para lo cual el representante legal o al apoderado de la entidad reclamante en el formato "FORMULARIO RADICACION DE SOLICITUDES DE RECOBROS", deberá dejar constancia de su autorización para el descuento automático de tal valor con cargo a futuras reclamaciones. Lo anterior sin perjuicio de que la entidad reclamante presente una nueva solicitud, siempre y cuando se encuentre dentro del término previsto en el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002.

2. Hechos en que se funda

Como tales se expone una síntesis de los antecedentes de la resolución atacada y de lo dispuesto en los apartes subrayados de la misma, así como de las atribuciones que sirvieron para su expedición.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

Se señalan como violados los preceptos jurídicos que se aducen en los siguientes cargos:

3.1. Artículos 6 y 121 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 174, 176 y 179 del C.C.A, 115, 334 y 488 del C. de P.C., y 7, 27, 31 y 35 del Decreto 2591 de 1991, por infringirse la cláusula general de competencia en razón a que la constancia de ejecutoria no se ha establecido por la ley como requisito para la exigibilidad de los fallos de tutela ni para la procedencia del recobro a favor de las EPS., cuyo derecho se deriva del cumplimiento de dichos fallos (sentencia SU-480 de 1997) y son la fuente generadora de la obligación de suministrar las prestaciones no incluidas en POS, y el cumplimiento de los fallos de tutela no requiere la ejecutoria del mismo, sino que es inmediato, ante lo cual es imposible aplicar por analogía la exigencia de la copia del fallo con constancia de ejecutoria para el pago de condenas dinerarias a cargo de la Nación.

3.2. Violación al derecho al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política) por las razones atrás expuestas y violación del principio de celeridad.

3.3. Artículo 209 de la Constitución Política, por vulneración de los principios señalados en el mismo, especialmente el de celeridad de la función administrativa.

3.4. Artículo 48 por violación del principio de eficiencia consagrado en éste, por cuanto se genera una demora injustificada de los pagos de los cobros.

3.5. Artículo 84, por desconocimiento del principio de la buena fe establecido en el mismo, toda vez que la constancia de ejecutoria exigida en la norma acusada no es necesaria ni aporta nada a la seguridad jurídica, ya que su cumplimiento es inmediato.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de la Protección Social se opone a las pretensiones de la demanda y solicita que se nieguen, habiendo respondido a los cargos así:

1.- El cargo de violación del artículo 13 de la Constitución Política carece de fundamento puesto que si el Decreto 1281 de 2002 establece el marco para optimizar el flujo de recursos en el sector salud, no precisa las condiciones particulares y precisas ni los conceptos para reconocimiento por el FOSYGA de prestaciones ordenadas por fallos de tutela, lo cual sí se precisa en la resolución demandada, con la finalidad de estandarizar un mínimo de requisitos como la

obligación de pago por el Fosyga, su pertinencia y otra serie de aspectos que permiten dar un concepto favorable de auditoría, que no afecte los recursos del sistema haciendo pagos no debidos, y garantizar los reconocimientos a que hubiere lugar con la documentación e información soporte y directrices que establezca el Ministerio de Salud, así como evitar fraudes y pagos indebidos. Por tato, el Ministerio ha actuado dentro de sus competencias.

2.- La exigencia de la primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria no viola el debido proceso por cuanto esa exigencia deriva del principio presupuestal de legalidad del gasto, según el cual no podrán autorizarse gastos que no corresponden a créditos judicialmente reconocidos, ya que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud no pueden destinarse a fines distintos y respecto de los cuales conforme al Decreto Ley 1281 de 2002, debe protegerse para evitar pagos de lo no debido. Al respecto se apoya en los artículos 176, 177 y 179 del C.C.A.; 60 de la Ley 446 de 1998; 1 y 3 del Decreto 0768 de 1993, y la sentencia de 21 de febrero de 2007 del Consejo de Estado, expediente 200500355 01, consejero ponente doctor Enrique Gil Botero.

3.- Por las razones atrás expuesta no se violaron los principio de la función administrativa ni el de eficiencia de la seguridad social, además de que las condiciones y requisitos señalados para los aludidos reconocimientos obedecen al mismo Decreto ley 1281 de 2002, que busca justamente garantizar que tales reconocimientos se haga evitando fraudes y pagos indebidos, por lo que el Ministerio ha obrado en el marco de sus competencias.

4.- Tampoco se viola el principio de la buena fe consagrado en el artículo 84 de la C.P., puesto que el mismo no se opone a la exigencia de requisitos tendientes a salvaguardar los recursos públicos y su correcta destinación, amén de que el artículo 365 de la Constitución Política faculta al Estado para ejercer la inspección, control y vigilancia de los mismos, así como su regulación.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. La parte demandada retomó lo consignado en la contestación de la demanda y se reafirma en su solicitud de que se nieguen las pretensiones de ésta.

2. El señor **Juan Manuel Díaz – Granados Ortiz**, a quien se reconoce como interviniente en el proceso a título personal, puesto que dice ser Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, ACEMI, sin que hubiere acreditado esa condición, presentó escrito de coadyuvancia de la demanda, en el cual informa que la resolución enjuiciada fue derogada por la resolución 3099 de 2008, y luego de explicar los que a su juicio son el alcance y efectos de la norma demandada, de la que dice que ha causado enormes perjuicios a las EPS por el no pago oportuno los recobros del dinero que aplican al pago de los medicamentos en cumplimiento de la orden del juez de tutela, cuyo monto asciende a CUANTRO CIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL MILLONES DE PESOS en el balance de las mismas, reitera y respalda los cargos formulados en la demanda, a favor de los cuales cita las sentencias T-760 de 2008 y T-1281247, al tiempo que controvierte las razones de la defensa expuestas por el Ministerio de la Protección Social, dentro de lo cual aclara que a las EPS no les entregan la primera copia del fallo, de modo que a su juicio para el recobro debe servir cualquier copia del mismo, del cual dice que es de cumplimiento inmediato.

Agrega que la exigencia para evitar el doble pago lo establece el artículo 15 de la Resolución 3099 de 2008, modificado por el artículo 4º de la resolución 3754 de 2008, literal c), a cuyo tenor una causal de rechazo del recobro es “Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga.”

Solicita, en consecuencia, que se acceda a las pretensiones de la demanda.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El **Procurador Primero Delegado** ante la Corporación hace un recuento de la actuación procesal, advierte que la resolución acusada fue derogada por el artículo 30 de la Resolución 3099 de 2008 y que no obstante es pertinente hacer pronunciamiento sobre su legalidad teniendo en cuenta que produjo efectos jurídicos durante su vigencia, en relación con la cual no ha existido violación alguna de la normativa invocada en los cargos ni exceso en la potestad reglamentaria, puesto que fue expedida dentro de las funciones del Ministerio de la Protección Social (artículo 173 de la Ley 100 de 1993).

Que era necesario establecer el procedimiento para el reconocimiento del recobro ante al FOSYGA por concepto de los fallos de tutela en mención, que por generar

una obligación a cargo de dicho fondo pasan a constituir el título ejecutivo idóneo para hacer efectiva esa obligación, luego resulta lógico y razonable que dentro de los requisitos para el recobro se exija la primera copia de la sentencia, debidamente ejecutoriada, ya que es el documento idóneo que permite demostrar la obligación, más cuando en el mismo fallo el juez reconoce el derecho que tienen las entidades promotoras de salud y demás actores del sistema, para hacer efectivo el recobro.

Que por ser de destinación específica, el manejo y distribución de los recursos manejados por el FOSYGA deben obedecer a criterios de responsabilidad, amén de que es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud el encargado de determinar los criterios de utilización y distribución de sus recursos, de acuerdo con el artículo 228 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la exigencia de la primera copia ejecutoriada del fallo de tutela respectivo, comenta que la Corte Constitucional dispuso en la sentencia T- 760 de 2008 que a partir de la notificación de ésta no se exigiera esa constancia de ejecutoria por haberse interpretado como sentencia ejecutoriada la que no fuera objeto de revisión eventual dentro del término legal señalado para el efecto, y que por ello se expidió la resolución 3099 de 2008, que derogó tal exigencia.

Pero que no obstante lo anterior, y dado el efecto *ex nunc* de dicha sentencia de la Corte Constitucional, la resolución acusada conserva su presunción de legalidad porque los motivos de la decisión de la Corte no obedeció a falta de legalidad de la norma en cuestión, sino a la coyuntura existente y a la necesidad de agilizar el recobro ante el FOSYGA, considera que esa disposición se ajusta al ordenamiento jurídico, al igual que las demás enjuiciadas, y solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

VI.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- La decisión acusada

Se trata de los apartes de los artículos 11, 12 y 17 de la Resolución número 002933 de 15 de agosto de 2006, "*Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela*", que según la transcripción de los mismos que se hace al inicio de esta providencia, el actor subrayan y resalta en negrillas.

La censura de los mencionados apartes normativos obedece a la inclusión de la primera copia de la sentencia ejecutoriada que se profiera en la acción de tutela que dé lugar al recobro de que tratan las disposiciones respectivas, como uno de los requisitos de la correspondiente solicitud.

La resolución acusada fue expedida por el Viceministro Técnico encargado de las funciones del despacho del Ministro de la Protección Social, en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2496 de 2006.

2.- Procedibilidad de la acción en este caso concreto

Según se ha informado, esa resolución fue derogada en su integridad por el artículo 30 de la resolución 3099 de 2008. Por consiguiente, las disposiciones acusadas desaparecieron del mundo jurídico. No obstante, por tratarse de disposiciones administrativas generales son susceptibles de la acción ahora incoada, toda vez que la derogación tiene efectos ex – nunc, lo cual implica que el acto derogado mantiene su presunción de legalidad por todo el tiempo que estuvo vigente; presunción que es iuris tantum o mientras no se declare lo contrario, lo que está reservado a esta jurisdicción a instancia de parte que alegue y demuestre la ilegalidad del acto administrativo general derogado, siguiendo los derroteros jurisprudenciales de la sentencia S-157 de 14 de enero de 1991, con ponencia del consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta, consignados en el siguiente aparte:

*“...la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de **los actos administrativos de contenido general** que se impugnen en **ejercicio de la acción de nulidad**, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular*

de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia” (lo destacado no es del texto).

3.- Los cargos de la demanda

3.1. En el primero se le atribuye a los apartes acusados la violación de los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 174, 176 y 179 del C.C.A, 115, 334 y 488 del C. de P.C., y 7, 27, 31 y 35 del Decreto 2591 de 1991, por razones que se resumen en los siguientes argumentos:

- La constancia de ejecutoria no se ha establecido por la ley como requisito para la exigibilidad de los fallos de tutela ni para la procedencia del recobro a favor de las EPS derivado del cumplimiento de dichos fallos (sentencia SU-480 de 1997)

- Tales fallos son la fuente generadora de la obligación de suministrar las prestaciones no incluidas en POS, y

- El cumplimiento de los fallos de tutela no requiere la ejecutoria del mismo, sino que es inmediato, ante lo cual es imposible aplicar por analogía la exigencia de la copia del fallo con constancia de ejecutoria para el pago de condenas dinerarias a cargo de la Nación.

En esa reseña del cargo se evidencia que lo que el actor cuestiona a las disposiciones parcialmente acusadas es la inclusión de la primera copia de la sentencia ejecutoriada que se profiera en la acción de tutela que dé lugar al recobro de que tratan aquellas, como uno de los requisitos de la correspondiente solicitud, porque a su juicio el cumplimiento de esas sentencias es inmediato, luego no se requiere de su ejecutoria.

3.1.1.- De las citadas normas superiores invocadas, sólo las de rango legal guardan relación material con las disposiciones parcialmente acusadas en tanto concierne a fallos o sentencias judiciales en general y las acciones de tutela hacen parte de las mismas.

3.1.2. En ese orden, se ha de empezar por poner de presente que el cuestionado requisito de la primera copia de la sentencia ejecutoriada de la respectiva sentencia de tutela, no está referido directamente al cumplimiento de la misma, sino al pago del recobro de que tratan las normas enjuiciadas, es decir, para la efectividad de un derecho en cabeza de las EPS en los casos de que se ocupa la resolución atacada, lo cual implica un trámite administrativo posterior al cumplimiento de la sentencia y relacionado con un derecho del demandado previsto en la normatividad que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.1.3. Así las cosas, la Sala no encuentra que el censurado requisito se oponga o viole las normas superiores que se indican como violadas en este cargo. Por el contrario, las encuentra acompañadas con ellas en la medida en que el artículo 174 del C.C.A. justamente establece que las sentencias ejecutoriadas son obligatorias para los particulares y la Administración; el 176 ibídem se ocupa de la ejecución de las sentencias ejecutoriadas; y el 179 del mismo código remite a los artículos 334 y 339 del C. de P.C., que a su turno y en su orden prevén que podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas y que en las sentencias se puede reconocer el derecho de retención.

Por otra parte, el artículo 488 del C. de P.C. es la conocida disposición que trata los títulos ejecutivos, dentro de los cuales incluye a las sentencias de condena y las providencias judiciales que tengan fuerza ejecutiva, que de suyo han de estar ejecutoriadas, según las normas atrás comentadas.

En lo que concierne a las normas del Decreto 2591 de 1991, *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, se tiene que el artículo 7 se refiere a las medidas provisionales para proteger un derecho dentro de la acción de tutela; el 27 establece el cumplimiento del fallo sin demora una vez proferido; el 31 se ocupa de la impugnación del fallo y el 35, de la necesidad de la motivación en las decisiones de revisión que profiera la Corte Constitucional.

Visto el contenido de esos preceptos, tampoco se encuentra que las disposiciones administrativas acusadas les sean contrarias o resulten incompatibles, puesto que además de que aquellos tratan del cumplimiento del fallo por “la autoridad

responsable del agravio”, y que las segundas no se ocupan de ese aspecto, tal como atrás se precisa, se observa que al tenor de los artículos 7, 31, 35 y 36 del citado decreto, el cumplimiento “sin demora” de la sentencia de tutela no significa cosa juzgada y la proferida en primera instancia, así como las medidas provisionales autorizadas en el artículo 7 no son definitivas.

Es así como el citado artículo 7 en su inciso final prevé que el juez podrá, de oficio o a petición de parte, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado. El 31, según ya se reseñó, consagra la impugnabilidad de la referida sentencia por las partes y el Ministerio Público.

El 35, a su turno, señala que la sentencia examinada por la Corte en revisión, que por cierto es en efecto devolutivo, puede ser revocada o modificada; en tanto que el 36 establece que el juez o tribunal competente de la primera instancia deberá adecuar su fallo a lo dispuesto en la sentencia de revisión.

3.1.4. Significa, entonces, el precedente análisis que el cumplimiento inmediato de los fallos que en primera instancia amparen un derecho fundamental en acción de tutela, no equivale a cosa juzgada ni implica inmutabilidad de tales fallos, como tampoco los hace definitivos.

La ejecutoriedad o firmeza de esos fallos se da por los mismos supuestos que operan para toda sentencia judicial, esto es, que no se hubiere impugnado o recurrido o que éstos se hubieren resuelto, lo cual es precisado así incluso por la Corte Constitucional en la citada sentencia T-760 de 2008, al señalar en su parte resolutive: ***“Vigésimo quinto.- Ordenar al administrador fiduciario del Fosyga que, a partir de la notificación de la presente sentencia, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden (léase el fallo que ordena) se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional”***

3.1.5. Lo así prescrito en la citada sentencia T-760, por contera permite advertir que la exigencia de que el fallo que sustente el recobro deba estar ejecutoriado no es ajeno o extraño al ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, resulta razonable, lógico y acorde con el mismo, lo que se hace más palpable a la luz de la realidad jurídica en que se enmarcan los aludidos recobros y las consiguientes situaciones que se pueden dar alrededor de ellos, puntualizadas justamente en la pluricitada sentencia T-760 en el 6.2 de sus consideraciones, en las que se aprecian que no todo recobro debe ser pagado por el FOSYGA y que las circunstancias que en primera instancia lo generen, pueden variar o desaparecer en el fallo de segunda instancia, e incluso de revisión.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada sentencia, en apartes cuyas negrillas no son del texto original, dejó dicho:

*“Por último, es importante señalar que si bien la regla general en la jurisprudencia constitucional es que cuando se ordena a una EPS la prestación de un servicio médico no incluido en el POS, se ordena a su vez el reconocimiento del derecho al recobro por el monto que legal y reglamentariamente no le corresponda asumir respecto del mismo, muchas veces se ordena la prestación del servicio médico para proteger el derecho a la salud del usuario, **pero no se ordena el recobro ante el FOSYGA**. Así sucede, por ejemplo, cuando se determina que el servicio médico sí estaba incluido en el POS¹ y **cuando existe otro obligado a asumir el costo del servicio por tener capacidad económica suficiente**². **Los recursos del FOSYGA sólo pueden ser utilizados para pagar servicios médicos prestados por las EPS en aquellos casos en los cuales no existe ningún otro obligado asumir el costo.***

Esta situación se presenta cuando el juez de tutela determina que el servicio médico que fue negado por la EPS aduciendo que estaba excluido del POS, sí estaba incluido en éste. Así, por ejemplo, en la sentencia T-859 de 2003³ se estudiaron los casos de dos personas que presentaban problemas de estabilidad en las rodillas y a quienes sus médicos tratantes les habían ordenado un procedimiento de aloinjerto. Las EPS negaron la autorización del procedimiento alegando que no se encontraba incluido en el “Manual de

¹ Sentencias T-750 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), Sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T- 112 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería), T-1278 de 2005 (Humberto Sierra Porto), T-078 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

² Por ejemplo en la Sentencia T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda) se estudió el caso de una niña de tres años que padecía *diabetes mellitus tipo 1 insulino dependiente*, y que requería para mantenerse con vida ser inyectada con insulina diariamente y que se le midiera varias veces al día los niveles de azúcar en la sangre, para lo que requería jeringas y tirillas de medición de glucosa en la sangre. La Corte consideró que, dados los ingresos y egresos de los padres, era con cargo a ellos y no al FOSYGA que se debían prestar los servicios a la menor. Se afirmó en dicha providencia: “Los jueces de tutela y los accionantes no deben olvidar que los recursos del Fosyga, están destinados exclusivamente para las personas que les es imposible, por sus propios medios económicos, acceder a tratamientos, medicamentos o pruebas de diagnóstico excluidos del P.O.S, que requieran con urgencia para salvaguardar su vida y su integridad.”

³ MP Eduardo Montealegre Lynett

Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, en el artículo 12 que regula el suministro de prótesis y ortesis. Contrario al dicho de las EPS, la Corte pudo determinar que el aloinjerto si se encontraba incluido en el POS y, por lo tanto, ordenó la prestación del servicio sin que ordenara a su vez el recobro, y precisando: “(...) de haberse realizado la intervención por parte de terceras personas, se habrá presentado un enriquecimiento no justificado por parte de las E.P.S. demandadas, lo cual demanda su compensación. Si la intervención o el injerto fue costado por particulares, éstos tendrán a su disposición los procedimientos ordinarios de reclamación. || Por su parte, si dicho costo fue cubierto con recursos afectados a la salud y por parte de una entidad pública, como la Secretaría de Salud de Bucaramanga, los demandados deberán iniciar conversaciones con tales entidades para definir el modo de compensación. Lo anterior se torna necesario ante el hecho de que se trata de recursos con destinación específica y cuya mengua implica una afectación del disfrute del derecho fundamental de la salud de otros colombianos.”

Una decisión similar se tomó en la sentencia T-1278 de 2005⁴ en la cual se estudiaron los casos de dos personas que presentaban hipoacusia y a quienes sus médicos tratantes les habían ordenado la adaptación de audífonos, los cuales fueron negados por la misma EPS con el argumento que se encontraban excluidos del POS. La Corte pudo determinar que los audífonos sí estaban incluidos y en consecuencia omitió ordenar el recobro ante el FOSYGA que había sido solicitado por los demandantes y los demandados.⁵

Tampoco se ordena recobro ante el FOSYGA por los servicios prestados cuando la Corte determina que existe alguien obligado a asumir el costo del servicio y tiene capacidad económica para pagarlo. Por ejemplo en la sentencia T-959 de 2004⁶ se estudió el caso de una niña de tres años que padecía diabetes mellitus tipo 1 insulino dependiente, y que requería para mantenerse con vida ser inyectada con insulina diariamente y que se le midieran varias veces al día los niveles de azúcar en la sangre, para lo que requería jeringas y tirillas de medición de glucosa en la sangre. La Corte consideró que, dados los ingresos y egresos de los padres, era con cargo a ellos y no al FOSYGA que se debían prestar los servicios a la menor puesto que tenía capacidad económica suficiente.

En la sentencia señalada se advirtió que los recursos del FOSYGA están reservados sólo para aquellas personas que no pueden de ninguna manera acceder a un servicio médico excluido del POS, en dicha ocasión la Corte señaló que “[l]os jueces de tutela y los accionantes no deben olvidar que los recursos del FOSYGA, están destinados exclusivamente para las personas que les es imposible, por sus propios medios económicos, acceder a tratamientos,

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1278 de 2005 (MP Humberto Sierra Porto).

⁵ Otros casos como este: Sentencias T-750 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes); T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T- 112 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería); T-078 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda).

medicamentos o pruebas de diagnóstico excluidos del P.O.S, que requieran con urgencia para salvaguardar su vida y su integridad.”⁷

De lo anterior se puede inferir también, que no toda orden dada en un fallo de tutela para amparar o proteger el derecho fundamental de la salud, implica necesariamente el derecho de la EPS condenada, al recobro ante el FOSYUGA de los pagos que excedan el POS, ya que muchas circunstancias verificables a posteriori del fallo pueden determinar que esos pagos no deba asumirlos el FOSYGA, lo cual puede darse incluso en la sentencia de revisión, como justamente ocurrió en la sentencia T-760 de 2008, en la medida en que luego de confirmar las decisiones proferidas por numerosos juzgados dentro de los respectivos procesos de acción de tutela, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de los accionantes, dispuso en la parte final de su numeral **Décimo quinto**:

*“Así mismo **revocar** las órdenes, proferidas en los mismos procesos, de recobrar ante el Fosyga por los costos de los procedimientos.”*

A lo comentado conviene agregar que en el numeral 3.5.1. de la parte motiva de la aludida sentencia de revisión, la Corte Constitucional precisó también lo siguiente:

“Como el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela. Por ejemplo, la Corte ha negado los servicios estéticos. Si bien la obesidad puede en el largo plazo tener consecuencias para la salud de una persona, cada individuo también tiene el deber de cuidar de su salud y por lo tanto, de velar por prevenir las enfermedades que se derivan del sobrepeso. Sólo cuando la obesidad llega a un grado tal que los peligros para la vida y la integridad de una persona se vuelven ciertos y difícilmente reversibles mediante una dieta, la cirugía prescrita por el médico tratante adquiere una relevancia constitucional que ha conducido a

⁷ En este mismo sentido ver, entre otras, sentencias: T-756 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño); T-1198 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

conceder la tutela. Lo mismo se ha aplicado a los tratamientos odontológicos, en la medida en que una buena dentadura o una dentadura completa son deseables, pero distan de ser necesarias para preservar la vida o la integridad personal o de ser indispensables para que se pueda vivir dignamente. Inclusive la Corte ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad.”

3.1.6.- En ese contexto normativo y jurisprudencial, los apartes subrayados y objeto de la presente acción de nulidad no son violatorios de las normas que se invocan como violadas en el cargo, por lo cual éste se desestima.

3.2. Como quiera que el segundo cargo, donde se aduce la violación al derecho al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política), se basa en las mismas razones del primer cargo, de suyo cabe darlo por resuelto con las consideraciones y conclusiones de la Sala sobre ese primer cargo, en las cuales ha quedado evidenciado que el cuestionado requisito está acorde con las normas procesales que en él se invocaron como vulneradas, lo que permite a su vez advertir que con la inclusión del mismo no se ha violado el debido proceso en lo que concierne al trámite de los recobros a que haya lugar al FOSYGA por parte de las EPS. El cargo, por lo tanto, también se desestima.

3.3. En el tercer cargo se denuncia la violación del artículo 209 de la Constitución Política, por vulneración de los principios señalados en el mismo, en especial el de celeridad de la función administrativa.

Esa acusación no pasa de ser una opinión o una mera afirmación del actor, puesto que no demuestra cómo la fijación de un requisito que está acorde con la normatividad superior y la jurisprudencia pueda afectar negativamente o generar retardo injustificado en el trámite del asunto una vez la interesada ha cumplido con ese y todos los demás requisitos que para el efecto estén señalados.

Si a lo que se refiere el actor es a la afectación de la prontitud o inmediatez con que la interesada puede presentar su solicitud de recobro al FOSYGA, o lo que es igual, a la oportunidad para iniciar el trámite, la respuesta a su inconformidad está dada en lo precisado en el examen del primer cargo, esto es, que esa oportunidad está determinada por circunstancias inherentes al asunto, a las cuales justamente

responde el cuestionado requisito, y que se pueden resumir en que es conveniente llegar al punto del curso de la acción de tutela respectiva donde se tenga precisado quién es el responsable de atender el recobro que pueda generar el cumplimiento del fallo correspondiente, situación que en principio se da cuando el fallo quedó en firme, entendiendo como tal la situación en que el mismo no fue impugnado o ya se profirió la sentencia de segunda instancia, es decir, cuando se hubiere resuelto la impugnación.

Por lo tanto, el cargo no tiene vocación de prosperar.

3.4. El cuarto cargo se basa en la violación del artículo 48 por desconocimiento del principio de eficiencia consagrado en éste, por cuanto se genera una demora injustificada de los pagos de los recobros.

Atrás quedó visto que no es cierto que el requisito en cuestión demore *per se* los pagos de los recobros y menos que sea injustificado, puesto que en nada significa un retardo para que éstos se efectúen una vez se presente la solicitud con el cumplimiento de ese y los demás requisitos, y como está precisado encuentra justificación en las circunstancias ya anotadas.

Además, se observa que el principio de eficiencia previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, está sujeto a los términos señalados en la ley, tal como se lee en su texto, a saber:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

En ese orden, el tenor del artículo 2º de la Ley 100 de 1993 lo define diciendo que la “EFICIENCIA” es “*la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;*”.

En este caso, no se observa como el aludido requisito afecte dicho principio, menos cuando lo que persigue justamente es una mayor seguridad y efectividad

en la utilización social y económica de los recursos de que habla la norma, cuya optimización es un imperativo para los sujetos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en salud, principalmente por su función social y adicionalmente por su carácter limitado, que la Corte Constitucional destaca en su sentencia T-760 de 2008.

La Sala, justamente precisó que *“la norma constitucional está dirigida más a que los sujetos que participan en la gestión o manejo del sistema de seguridad social en sus diferentes aspectos, cuiden y apliquen con la mayor racionalidad y optimización posible los recursos destinados a la prestación de los diferentes servicios que comprenden ese sistema, lo cual les impone la obligación de evitar el uso indebido e inadecuado de esos recursos”*⁸.

Igualmente, en sentencia de 18 de junio de 2009⁹, en la que se decidió una demanda de nulidad de una disposición similar, aunque contenida en una resolución¹⁰ del mismo ministerio y con el mismo objeto que antecedió a la ahora acusada, la Sala finalmente dejó expresado que *“Concluye esta Corporación que tanto la primera copia del fallo de tutela con la constancia de ejecutoria como el certificado de existencia y representación legal con una vigencia no superior a 30 días de la fecha de solicitud del recobro no vulneran las disposiciones citadas por la actora, pues su razón de ser no es otra que otorgar convencimiento al FOSYGA de que los pagos que va a efectuar por concepto de recobro están respaldados por una decisión judicial en firme y que quien solicita el recobro es el titular del derecho, lo que garantiza que los recursos públicos que están a su cargo no sean malversados y sean destinados a la finalidad para la cual fueron dispuestos.”*

En consecuencia, el cargo igualmente carece de vocación de prosperar.

3.5. Finalmente, el actor invoca la violación del artículo 84 de la Constitución Política, por desconocimiento del principio de la buena fe establecido en el mismo, toda vez que la constancia de ejecutoria exigida en la norma acusada no es necesaria ni aporta nada a la seguridad jurídica, ya que su cumplimiento es inmediato.

⁸ sentencia de 29 de abril de 2010, expediente núm. 2006 00375, consejero ponente Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁹ Sentencia de 18 de junio de 2009, expediente núm. 2004 00410, consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón

¹⁰ Se trató de la Resolución 2949 del 3 de octubre del 2003 *“por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fosyga por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se deben anexar como soporte a las solicitudes de pago”*.

Este cargo también se puede dar como respondido en las consideraciones y conclusiones de la Sala en el primer cargo, en la medida en que allí quedó evidenciado que la norma sí tiene justificación, es razonable y acorde con la normatividad procesal pertinente y que por lo mismo contribuye a la seguridad jurídica en el manejo de los recursos que gestiona el FOSYGA y que como tales son parte o pertenecen a todo el sistema de salud, cuya estabilidad y viabilidad depende justamente de la seguridad y eficiencia con que se gestionen esos recursos.

Además, en la aludida sentencia de 18 de junio de 2009¹¹, frente al cargo de violación de la presunción de la buena fe, formulado con otros más, la Sala dejó sentado *“que no le asiste razón al demandante, ya que la exigencia del requisito en cuestión propende por la protección de los recursos del FOSYGA, que tienen carácter público, la que podría verse afectada de aceptar como documento para el pago del recobro la simple copia del fallo de tutela, sin la constancia de ejecutoria, en cuanto podría darse el evento de que en primera instancia el fallo de tutela ordene, por ejemplo, el suministro de un medicamento por el resto de la vida del paciente y apelada la sentencia por la empresa promotora de salud el superior la revoque, razón por la cual esta última entidad sólo tendría derecho a recobrar el valor del medicamento que suministró durante el lapso que duró el trámite de la tutela, tiempo que sólo podría verificar el FOSYGA con la constancia de ejecutoria del fallo de primera instancia.”*

Al respecto, en la misma sentencia se precisó que *“lo que exige la norma es la primera copia con la constancia de ejecutoria, circunstancia que se da cuando el fallo de primera instancia no es objeto de recurso o cuando éste se decide si fue interpuesto”*, lo que significa que la ejecutoria de esa providencia se ha de entender en su sentido lato, es decir, cuando no es susceptible de impugnación mediante los recursos ordinarios, sea porque se venció el término sin haber sido impetrados, o porque habiéndolo sido en tiempo fueron resueltos.

De allí que el cargo tampoco prospera.

¹¹ Sentencia de 18 de junio de 2009, expediente núm. 2004 00410, consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón

3.6. Así las cosas, se han de negar las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda que presentó el ciudadano **CARLOS MEJIA GRISALES** para que se declarara la nulidad de los apartes subrayados de los artículos 11, 12 y 17 de la Resolución número 002933 de 15 de agosto de 2006, *“Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela”*.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 7 de octubre del 2010.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA **MARIA ELIZABETH GARCIA G.**
Presidente

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**