

DAÑOS - Principios de reparación integral y equidad / REPARACION INTEGRAL Y EQUIDAD - Aplicación en valoración de daños / REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Normativa legal. Aplicación solo en procesos jurisdiccionales / PROCESOS JURISDICCIONALES - Aplicación de la Ley 446 de 1998 sobre reparación integral de daños / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - Recobro de medicamentos no POS ante el FOSYGA / RECOBRO AL FOSYGA - Por concepto de medicamentos no POS / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RECOBRO - Inaplicación de normativa legal sobre reparación integral del daño / RECOBRO ANTE EL FOSYGA - Naturaleza administrativa

En cuanto se refiere al artículo 16 de la Ley 486 de 1998, la Sala observa que ésta es una disposición que hace parte de la normatividad procesal de orden legal que regulan la administración de justicia, esto es, actuaciones y decisiones de carácter jurisdiccional y, por tanto, la solución de conflictos jurídicos por daños irrogados a las personas. La materia de que se ocupa o la que corresponde, entonces, es la administración de justicia, especialmente, la de las sentencias que han de proferirse en los procesos judiciales contenciosos, promovidos mediante demanda por quien o quienes hubieren sido víctimas de daños causados por terceros (particulares o el Estado) a su persona o a sus cosas, según se lee a continuación: “ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales. “Por su parte, el artículo 25 de la Resolución 2933 de 15 de agosto de 2006 hace parte de la regulación de una materia totalmente distinta a la administración de justicia y de las correspondientes sentencias o decisiones jurisdiccionales, de modo que no guarda relación alguna con esta actividad o función del Estado, ni con procesos y conflictos jurídicos y menos de carácter contencioso. Como lo indica el epígrafe de dicha resolución, la materia de que trata es enteramente administrativa, y como tal hace parte de la normatividad legal y reglamentaria que regula un servicio público, cual es el de la salud, y dentro de ella es parte de la regulación de una actuación administrativa encaminada a satisfacer o atender el recobro de medicamentos no incluidos en el POS y suministrados por las EPS, tanto en virtud de concepto de los Comités Técnico-Científicos como de fallos de tutela; es decir, una actuación administrativa encaminada a resolver peticiones en interés particular de las EPS, interés que se concreta en el derecho legal y reglamentario que ellas tienen de obtener la reposición a cargo del FOSYGA, de las cantidades de dinero que paguen en exceso de lo previsto en el POS, en materia de medicamentos, servicios y procedimientos médicos. No se refiere a la reparación de daño ni a conflicto jurídico alguno, sino a la manera de hacer efectivos en sede administrativa derechos y obligaciones señaladas claramente en la Constitución, la ley y el reglamento, precisados o desarrollados por la jurisprudencia, para garantizar la eficacia y eficiencia de un servicio público. El artículo 16 de la Ley 486 de 1998 de ninguna manera trata de dicha actuación administrativa y menos del referido reintegro o recobro, menos cuando éste no es un trámite litigioso, sino un diligenciamiento que cabe surtirse dentro de unas relaciones jurídicas de carácter legal y reglamentario y, por ende, de derechos, deberes y obligaciones definidas en la Constitución, la ley y el reglamento, que por lo mismo no requieren declaración ni definición judicial, sino la correspondiente actuación administrativa para hacer efectivos unos y otras, y no para declararlos. Así las cosas, es claro que el artículo 25 enjuiciado no guarda correspondencia de materia o asunto con el artículo 16 de la Ley 486 de 1998, lo que significa que éste no es norma superior legal de aquél o que el primero no le debe subordinación al segundo, luego no es viable siquiera predicar contradicción entre ambos. Por ende no hay

lugar a que dicho artículo 25 viole el precepto legal en comento, de allí que el cargo se desestima.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 – ARTICULO 16

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 (15 DE AGOSTO)
MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL (NO ANULADA)

DERECHO DE IGUALDAD - Inexistencia de violación por inaplicación de normativa legal sobre reparación integral del daño a procedimiento de recobro ante el FOSYGA / RECOBRO ANTE EL FOSYGA - Por medicamentos no POS / RECOBRO ANTE EL FOSYGA - Procedimiento administrativo distinto a proceso judicial para reparación de daños / RECOBRO ANTE EL FOSYGA - Por procedimientos, intervenciones o elementos ordenados en fallos de tutela. Factores base de liquidación

Con relación al artículo 13 de la Constitución Política, se ha advertido que no tiene cabida predicar trato discriminatorio frente a las situaciones o casos que son objeto del citado artículo 16 de la Ley 486 de 1998, por cuanto como está visto, no se trata de situaciones fácticas y jurídicas iguales, sino enteramente diferentes, como quiera que las de éste son litigiosas, donde se persigue que se declare el daño y su monto a reparar, la responsabilidad y la consecuente obligación de repararlo; mientras que las subsumibles en el artículo 25 de la resolución acusada son de carácter legal y reglamentario, es decir, ya están tipificadas por el derecho y por ende no son objeto de controversia en el trámite de que hace parte ese precepto reglamentario, de allí que tal trámite no es un proceso judicial. Tampoco la hay frente al artículo 26 de la aludida resolución, puesto que en éste no se dispone lo contrario del acusado artículo 25, ni su texto impone o implica el reconocimiento de ajuste por inflación ni cambio de anualidad, amén de que trata de circunstancias distintas de las que se encuadran en el antecitado artículo 25 (...). Se observa entonces que además los conceptos y parámetros o factores base de la liquidación del recobro son distintos a los del artículo 25, sin que en tales factores esté incluido el ajuste por inflación y la anualidad. La norma delimita de forma precisa y taxativa tales factores y los consiguientes montos de los respectivos recobros. Por lo tanto no se da la reclamada violación del artículo 13 de la Constitución Política a título de discriminatorio en los casos previstos en el artículo 25 acusado, en contraste con los contemplados en los artículos 16 de la Ley 486 de 1998 y 26 de la Resolución 02933 de 2006, luego el cargo no prospera.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / LEY 446 DE 1998 – ARTICULO 16

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 (15 DE AGOSTO)
MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL (NO ANULADA)

SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL - Principio de eficiencia / PRINCIPIO DE EFICIENCIA - En seguridad social. Concepto. Alcance / PRINCIPIO DE EFICIENCIA - No es vulnerado por no reconocimiento de ajuste por inflación ni cambio de anualidad en recobros al FOSYGA / PRINCIPIO DE EFICIENCIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL - Inexistencia de relación con equilibrio económico aplicado a relación contractual

Respecto de la violación del artículo 48 de la Constitución Política, se tiene que su texto dice: “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.” El concepto central del cargo es el de que la norma acusada contraría el principio de eficiencia consagrado en el transcrito precepto constitucional y en el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, porque afecta el equilibrio económico de las E.P.S. Sobre el particular cabe decir que si, al tenor del artículo 2º de la Ley 100 de 1993, 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;” no se observa como puede afectarla la disposición objeto del sub lite, esto es, el no reconocimiento de ajustes por inflación ni el cambio de anualidad, puesto nada se establece o prevé con ello sobre la utilización social y económica de los recursos de que habla la norma, como tampoco incide en que esa utilización sea la mejor. Luego no guarda relación directa con el contenido del artículo 48 de la Constitución Política ni el artículo 2º de la Ley 100 de 1993 en cuanto hace al principio de eficiencia. Además, el desequilibrio económico que aduce la actora, si alguna relación directa tiene con la eficiencia, sería más a título de resultado, en la medida en que la ausencia de ésta puede causar y de hecho lo hace, una situación de crisis financiera en la correspondiente institución, como usualmente se da en los casos de intervención de EPS para liquidación, situación en la que antes que un problema de equilibrio económico, tal como está estructurado en la dogmática jurídica, es un problema de desacierto o incorrección en la gestión del negocio. Por ende, 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. Luego, no tiene relación directa con la figura del equilibrio económico que se aplica en las relaciones contractuales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 1 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 2

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 (15 DE AGOSTO) MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL (NO ANULADA)

EQUILIBRIO ECONOMICO - Aplica solo a relaciones contractuales / CONTRATOS ESTATALES - Equilibrio económico / ECUACION CONTRACTUAL - En contratos estatales / EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Definición / ECUACION CONTRACTUAL - Definición / EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Alcance / EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Rompimiento / EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Restablecimiento

La actora tampoco invoca norma constitucional o legal alguna que perteneciendo al régimen jurídico de la materia se ocupe del equilibrio económico en relación con las E.P.S. La norma legal que regula dicha figura es el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que no ha sido invocado por la accionante, aunque el mismo permite decir que en el mundo jurídico y particularmente dentro del derecho público, esa expresión hace parte de la dogmática jurídica concerniente a las relaciones negociales, de manera específica del contrato estatal, de allí que incluso ha sido acogido expresamente por la normatividad de dicha materia, tal como hoy aparece en el citado artículo 27, en el marco de la ecuación contractual (...). En sentencia de la Sección Tercera, a propósito de la connotación del referido concepto, esta

Corporación consideró necesario precisar los elementos que configuran esta teoría, en orden a lo cual reiteró los planteamientos efectuados en sentencia de la misma Sala del 26 de febrero de 2005, en relación con el concepto de equilibrio contractual y los eventos que lo determinan (...). En sentencia posterior se aproximó más a una noción de la comentada institución jurídica, respecto de lo cual dijo: “El equilibrio financiero del contrato ha sido definido por la doctrina extranjera como ‘la relación aproximada entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración como un cálculo al momento de contratar; cuando este balance razonable se rompe puede ser equitativo restablecerlo puesto que él había sido tomado como un elemento determinante del contrato’ La doctrina nacional autorizada ha definido la ecuación económica del contrato como ‘un concepto que va ligado a que el contratista reciba, en todos los eventos en que por alguna circunstancia ajena a su voluntad se resquebraje la contraprestación económica que lo llevó a obligarse con la Entidad, una compensación o indemnización que le restablezca su interés.’” De igual forma dejó precisado que “la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4º de la misma Ley 90 (sic), por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato. Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho que tienen, en igual medida, las dos partes de la relación contractual.” (sic) Por lo anterior concluyó que “Al aproximar, con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales resulta posible identificar una doble dimensión, la primera relacionada con la equivalencia objetiva de las prestaciones y la segunda referida al respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración. En resumen, cabe decir que el equilibrio económico es el derecho que tienen las partes de una relación comercial con el Estado para que se preserven las circunstancias objetivas necesarias que le permitan hacer efectivas sus correspondientes expectativas económicas, en la proporción o magnitud real que quedó determinada en la ecuación financiera del respectivo negocio o contrato estatal, de modo que ésta se ha de restablecer cuando resulte alterada por el hecho del príncipe, los actos particulares de la administración en ejercicio de la potestad de dirección y control (particularmente del *ius variandi*) y los factores sobrevinientes y exógenos a las partes del negocio. Su verificación implica, entonces, el examen y valoración de la ecuación financiera o económica en situaciones concretas, atendiendo las magnitudes o variables que conforma dicha ecuación, y establecer así si la misma se mantiene o no, y en caso de que se hubiere alterado, establecer a quien le es imputable dicha alteración y, por consecuencia, quién debe restablecerla.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 4 NUMERAL 3 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 27

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 (15 DE AGOSTO) MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL (NO ANULADA)

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la figura del equilibrio económico contractual, sentencias, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente núm. 1995 02939 01, del 9 de junio de 2005; Expediente núm. 25000 2326 000 1991 07391 01; del 26 de febrero de 2005; y Expediente núm. 1996 02098 01 (15475), del 31 de octubre de 2007.

**EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD - Derecho al equilibrio económico /
RELACION EPS ESTADO - No tiene naturaleza contractual / EQUILIBRIO
ECONOMICO DE EPS - Fundamento en relación legal y reglamentaria de EPS
con el Estado y no en relación contractual / SITUACION LEGAL Y
REGLAMENTARIA - Fundamento. Modificación / PRINCIPIO DE CONFIANZA
LEGITIMA - Contenido y alcance en relación legal y reglamentaria Estado
EPS / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - Aplicación frente a Empresas
Promotoras de Salud / EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD - Amparadas
por confianza legítima**

En relación con la actividad de las E.P.S., la Corte Constitucional efectivamente les ha reconocido el derecho al equilibrio económico, partiendo de la subsunción de su relación con el Estado en una relación contractual, que la Sala considera no apropiada, puesto que entre cada una de ellas y el Estado no hay tal contrato. Lo que hay, como atrás quedó precisado, es una relación legal y reglamentaria, que la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, ha caracterizado como de “delegación”, en la cual se inserta cada E.P.S. particular o pública, cuando voluntariamente decide dedicarse a explotar esa actividad, con sus propios recursos y asumiendo sus propios riesgos, debidamente autorizada por el Estado mediante acto administrativo individual y concreto. Otra cosa es que al optar por explotar económicamente la correspondiente actividad, prestación de servicio de salud, busca y espera una utilidad, un lucro, suficiente para considerarla rentable y atractiva económicamente, atendiendo las condiciones de desarrollo de la misma, señaladas de modo general, abstracto e impersonal en la normatividad que la regula, por cierto de orden público, de allí que la situación jurídica en que se inserta es legal y reglamentaria. No se debe perder de vista que las situaciones legales y reglamentarias tienen como razón de ser la satisfacción del interés general, de suerte que ellas son susceptibles de modificación, obviamente dentro de los límites pertinentes que señala la Constitución Política. En ese orden y frente a esa posibilidad, es sabido que el amparo a las expectativas económicas o financieras de quienes escogen por explotar negocios o actividades económicas o sociales dentro de regulaciones constitutivas de las situaciones legales y reglamentarias, es el principio de la confianza legítima, en la medida en que éste comporta el derecho de que no se les cambien en perjuicio suyo las condiciones vigentes al momento de iniciarse en el negocio, y menos de forma que no se les permita adecuarse a los cambios que jurídicamente sean viables, y a ser compensados y reparados en el daño que llegaren a sufrir, si el cambio que se llegare a dar les hiciere imposible económicamente continuar la actividad en la cual no se les dio la oportunidad de adaptarse a las nuevas condiciones sí éstas permiten la viabilidad del negocio, toda vez que bajo la confianza que les inspiraba la regulación estatal existente, habían invertido recursos y desestimado otras oportunidades de negocio. En esas circunstancias, más que hablar de equilibrio económico de las E.P.S., como lo hace la Corte Constitucional en su sentencia SU-480 de 2005, lo que debe aludirse es, por una parte, al principio de la confianza legítima y, por otra, que las normas inferiores respeten y sean armónicas con las superiores que desarrollan, de modo que las disposiciones reglamentarias sean acordes o armónicas con las superiores que reglamentan, en especial con las legales y constitucionales pertinentes.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 177

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 (15 DE AGOSTO)
MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL (NO ANULADA)

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la relación existente entre el Estado y las Empresas Promotoras de Salud (EPS), Corte Constitucional, sentencia SU-480 de 2005.

REGLAMENTACION - Finalidad / RECOBROS ANTE EL FOSYGA POR MEDICAMENTOS NO POS - No reconocimiento de ajustes por inflación y anualidad / EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD - Recobros ante el FOSYGA. Inexistencia de norma superior que ordene reconocimiento de ajustes por inflación y anualidad

En lo que corresponde a la disposición reglamentaria acusada, la actora no aduce una norma superior específica de la normatividad de la materia, que no permita adoptar la precisión en ella establecida y objeto de su censura, esto es, la de no reconocer ajustes por inflación y anualidad. Téngase en cuenta que la jurisprudencia ha reiterado que la reglamentación no es la reproducción de la norma superior, sino su desarrollo, explicitando y precisando aspectos que le son inherentes a su contenido, y que por ende es necesario o viable hacer expresos para facilitar la adjudicación de aquella. De modo que no se aprecia que establecer que en los recobros por los conceptos de que trata el artículo 25 en cuestión no se reconocerá ajuste por inflación o cambio de anualidad, no es incompatible ni contraría el artículo 48 de la Constitución Política. Tampoco significa un cambio inesperado en la regulación de la situación jurídica y reglamentaria en que se encuentran subsumidas las E.P.S. actuales, menos cuando no se tiene conocimiento, y menos por noticia de la actora, de que dentro de la normatividad superior de dicho artículo reglamentario hubiese alguna disposición que señale o prevea lo opuesto sobre el punto en comento.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 (15 DE AGOSTO) MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL (NO ANULADA)

EQUILIBRIO ECONOMICO DE EPS - No afectación con normativa que no reconoce en recobros al Fosyga ajustes por inflación y anualidad / EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD - Derecho a recobro por suministro de medicamentos no POS / RECOBRO ANTE EL FOSYGA - Mora en pagos. Reconocimiento de intereses moratorios / INTERESES MORATORIOS - En recobro de EPS ante el FOSYGA

De allí que aún dentro de la perspectiva del equilibrio económico que invoca la actora, asumiéndolo como creación jurisprudencial constitucional en relación con las E.P.S., y que valga la aclaración no es cierto que se da dentro de una relación contractual, y que la Sala atendió en sentencia de 18 de junio de 2009, no se evidencia que la disposición enjuiciada afecte per se dicho equilibrio de las E.P.S., como lo pone de presente el Ministerio Público, puesto que además de tratarse de situaciones excepcionales como éste comenta, la norma no desconoce ni afecta el derecho de las E.P.S. que en cada caso concreto y excepcional le otorga la normatividad legal y la jurisprudencia, esto es, a que le sea restituido lo que hubieren pagado en exceso del POS por los conceptos de que trata el artículo enjuiciado, bajo la denominación de recobro, cuya efectividad se presume que se da dentro de los plazos usuales de la actividad comercial. Y si la entidad obligada al pago del recobro, que ahora es el FOSYGA, se toma un tiempo excesivo que pueda considerarse como morosidad, el interesado no queda desprotegido en su peculio por la falta de reconocimiento del ajuste por inflación y la anualidad, puesto que en tal caso, justamente el régimen de la situación jurídica legal y

reglamentaria en que se encuentra inserto, le protege del posible detrimento patrimonial por dicha mora, toda vez que el artículo 4º del Decreto Ley 1281 de 2002, “Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”, le da derecho al pago de intereses moratorios sobre la suma en recobro, incluso en términos iguales a los que puede cobrar el Estado por las obligaciones tributarias, que según el artículo 635 del Estatuto Tributario son equivalentes a la tasa de interés de usura que certifique la Superintendencia Financiera.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1281 DE 2002 – ARTICULO 4 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 635

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 002933 DE 2006 (15 DE AGOSTO) MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL (NO ANULADA)

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance que para la jurisdicción contencioso administrativa tiene la relación entre Estado y Empresas Promotoras de Salud, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 11001 0325 000 2004 00139 01, del 18 de junio de 2009, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00375-01

Actor: FRANCY HASBLEYDY RODRIGUEZ VARGAS

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

La ciudadana FRANCY HASBLEDY RODRIGUEZ VARGAS, en uso de la acción instituida 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 del artículo 25 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”*.

“Artículo 25. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos. *El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:*

a) Medicamentos NO POS autorizados por Comité Técnico-Científico. *El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y demás Acuerdos que los modifique o adicionen, autorizados por Comité Técnico-Científico, será la diferencia entre el valor facturado del medicamento suministrado y el valor calculado para el o los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico que se reemplaza(n) o sustituye(n).*

Al valor resultante, se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las EPS, EOC o ARS hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y Copagos, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

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

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

Al valor resultante se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las EPS, EOC o ARS hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y Copagos, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

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

No habrá lugar al pago de medicamentos POS para actividades, procedimientos e intervenciones de los planes obligatorios de salud, por aspectos diferentes al contemplado en el presente literal, por encontrarse ya reconocidos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la respectiva Unidad de Pago por Capitación, UPC.

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

Al valor resultante, se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las EPS, EOC o ARS hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y Copagos, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

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

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

2. Hechos en que se funda

Como tales se expone una síntesis de los antecedentes de la resolución atacada y de lo dispuesto en el artículo 25 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 artículos 16 de la Ley 446 de 1998, 13 y 48 de la Constitución Política, por razones que se indican en los siguientes cargos:

1. El suministro de las prestaciones del POS en cumplimiento de sentencias de tutela por servicios no POS o a favor de afiliados que están excluidos por no haber cumplido periodos mínimos afecta el equilibrio económico financiero de las E. P. S. por no estar financiados por el POS, que según la línea jurisprudencial éstas pueden solicitar el recobro al FOSYGA (sentencia SU - 480 de 1997)

Para obtener el restablecimiento de ese equilibrio, las EPS deben hacer el trámite previsto en la resolución acusada, aunque pueden acudir a la vía judicial (sentencia C-510).

Si el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que desarrolla el artículo 90 de la Constitución Política, opera para las reclamaciones judiciales, con mayor razón debe operar para cuando se hace por vía administrativa, ya que ésta es alterna a la judicial y el citado artículo establece la obligación del Estado de anteceder los principios de reparación integral, de equidad y observar los criterios técnicos actuariales, luego no es admisible su no aplicación por no usarse la vía judicial.

2.- Siguiendo los criterios señalados en la sentencia C-674 de 2002, se tiene que la disposición acusada otorga un trato diferente a entes y hechos cobijados bajo una misma hipótesis, ya que el artículo 26 de la cuestionada resolución permite la actualización monetaria en consonancia con el antes comentado artículo 16 de la Ley 446 de 1998, de los montos de recobros por servicios no POS ordenados en fallos de tutela, ante el silencio de la prohibición de reconocer la inflación; mientras que el artículo 25 enjuiciado excluye los ajustes por inflación o cambio de anualidad de recobros por servicios NO POS autorizados por los Comités Técnicos Científicos –CTC y los demás casos que en él se prevén.

En todos los casos de ambas disposiciones se trata de prestaciones no incluidas en el POS, y los requisitos señalados en el artículo 6º de la misma resolución son los mismos que atiende un juez de tutela para ordenar prestaciones no POS, y las finalidades en uno u otro caso son las mismas, y la finalidad del recobro es

también igual, restablecer el equilibrio económico financiero, reparar los perjuicios que la afronta la EPS por la ejecución de la orden de tutela, de allí que el reconocimiento de la inflación que opera para recobros de tutela, debe operar también por recobro en los demás casos de que habla el artículo 25 atacado.

Hay así un tratamiento desigual que no persigue una finalidad constitucionalmente válida que lo justifique, y la limitación al derecho de igualdad no es adecuada para alcanzar tal finalidad ni proporcional.

3. El no reconocimiento de la inflación en los recobros en comento genera un desequilibrio en contra de las EPS y desconoce la reparación integral, con lo cual se afecta además la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS y se causa un perjuicio a los usuarios (sentencia SU-480 de 1997).

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 valor a reconocer por los medicamentos es el previsto en el momento en que se suministró y el precio traído a valor presente, puesto que esos insumos obedecen además a un control de precios.

No es cierto que de la discrecionalidad del afiliado dependa acudir al trámite a través del Comité Técnico Científico o directamente a la tutela, pues según la resolución impugnada, el trámite a seguir es acudir a dicho Comité, el cual se creó como un mecanismo para facilitar el acceso a los medicamentos que no están en el listado, siendo excepcional que el afiliado deba recurrir a la tutela.

Las reclamaciones de las EPS por vía judicial se regulan por el Decreto 1281 de 2002, declarado exequible en sentencia C-510 de 2004, luego no se está ante una acción de reparación directa contra el Estado, amén de que el artículo 7º de ese decreto prevé que no habrá lugar a reconocer intereses cuando las cuentas se presentan fuera del término señalado para ello.

2.- No es cierto que exista un trato diferencial entre los artículos 25 y 26 de la Resolución, por cuanto en ninguno se reconoce la actualización por inflación.

3.- La resolución censurada está dirigida a obtener una mejor utilización de los recursos disponibles para que el servicio de salud sea prestado en forma adecuada, oportuna y suficiente, en el marco de la solidaridad, y busca precisamente la estabilidad financiera de todo el Sistema, y no sólo el de las EPS, cuyos recursos son los que se destinan a cubrir los medicamentos no incluidos en el POS, y no los de las EPS, todo lo cual es coherente con el principio de la prevalencia del interés general sobre el particular.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.1. Las partes guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

1.2. El señor **Juan Manuel Díaz – Granados Ortiz**, en su calidad de ciudadano, y a este título se le tiene en este proceso, 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 explica los que a su juicios 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 de la actualización monetaria al momento de reconocer y pagar los recobros, precisados en la pérdida del poder adquisitivo del dinero que aplican al pago de los medicamentos en cumplimiento del Comité Técnico Científico – CTC o de la orden del juez de tutela, cuyo monto asciende a seiscientos cuarenta y cinco millones de pesos en el balance de las mismas, caso en el cual actúan como mandatarias del Estado, pues sus obligaciones se limitan al POS.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha ordenado el restablecimiento del equilibrio económico de las EPS por el suministro de medicamentos no POS, lo cual implica indexar las sumas a pagar a las mismas (sentencias SU-40 de 1997), la disposición acusada viola el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, pues el reconocimiento y pago de los recobros por prestaciones no POS son un mecanismo para restablecer el equilibrio económico de las EPS (sentencia C-510 de 2004 y artículo 13 de la Ley 1281 de 2002), y la obligación de éstas no es de dinero sino de valor, es decir, basadas en el poder adquisitivo (sentencia de 18 de mayo de 2005, Corte Suprema de Justicia, M.P. doctor Carlos Ignacio Jaramillo).

Además, los ajustes de inflación operan en casos de repetición contra terceros, cuando el asegurador satisface una deuda propia, y se fundamentan en el principio de equidad y hacen parte de la reparación integral. Su no reconocimiento en este caso viola el principio de eficiencia consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

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 no ha existido violación alguna de la normativa invocada en los cargos, puesto que el pago que las EPS deban hacer por los conceptos en cuestión no implican *per se* un desequilibrio en el sistema general de seguridad social en salud, ya que esas contingencias deben estar previstas y cubiertas por ellas, en especial por serles excepcionalmente reconocidos los valores que no estaban obligadas a asumir.

En esas circunstancias, al señalar que no hay lugar al reconocimiento de ajustes por inflación está garantizando su equilibrio económico y financiero, sin desatender los requerimientos del usuario y con miras a cumplir los fines constitucionales de garantizar el derecho a la vida y a la salud de los mismos. Además, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 se aplica para la valoración de daños dentro de cualquier proceso judicial, por tanto no tiene aplicación en el caso bajo estudio, que no constituye un procedimiento judicial.

Por lo anterior no se viola el derecho a la igualdad, toda vez que los artículos parcialmente enjuiciados no son un desarrollo de dicho precepto legal, y es claro que corresponden a materias diferentes.

Por lo demás, el equilibrio económico que invoca la actora no se afecta, menos cuando el artículo 4º del Decreto Ley 1281 de 2002 establece el pago de intereses moratorios en caso de atraso en el pago del recobro por los conceptos en mención.

Por consiguiente, 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 subrayados o resaltados del artículo 25 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”*.

“Artículo 25. Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos. El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:

a) Medicamentos NO POS autorizados por Comité Técnico-Científico. El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y demás Acuerdos que los modifique o adicionen, autorizados por Comité Técnico-Científico, será la diferencia entre el valor facturado del medicamento suministrado y el valor calculado para el o los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico que se reemplaza(n) o sustituye(n).

Al valor resultante, se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las EPS, EOC o ARS hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y Copagos, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

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

b) Medicamentos POS ordenados por fallos de tutela para afiliados del régimen contributivo que no han cumplido con los periodos mínimos de afiliación. El valor a reconocer y pagar por concepto de

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

Al valor resultante se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las EPS, EOC o ARS hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y Copagos, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

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

No habrá lugar al pago de medicamentos POS para actividades, procedimientos e intervenciones de los planes obligatorios de salud, por aspectos diferentes al contemplado en el presente literal, por encontrarse ya reconocidos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la respectiva Unidad de Pago por Capitación, UPC.

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

Al valor resultante, se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las EPS, EOC o ARS hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y Copagos, y este total será el valor a pagar por el Fosyga.

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

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

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.- Los cargos de la demanda

2.1. Se le atribuye la violación de los artículos 16 de la Ley 446 de 1998, 13 y 48 de la Constitución Política, por conceptos que se resumen en los siguientes:

2.1.1 El no reconocimiento de la inflación en los recobros ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela genera un desequilibrio en contra de las EPS y desconoce la reparación integral, con lo cual se afecta además la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS y se causa un perjuicio a los usuarios (sentencia SU-480 de 1997).

Lo anterior, en el marco del desequilibrio económico que el suministro de las prestaciones en cumplimiento de sentencias de tutela por servicios no POS o a favor de afiliados que están excluidos por no haber cumplido periodos mínimos afecta el equilibrio económico financiero de las E.P.S. por no estar financiados por el POS, que según la línea jurisprudencial éstas pueden solicitar el recobro al FOSYGA (sentencia SU - 480 de 1997) para obtener el restablecimiento de ese equilibrio, mediante el trámite previsto en la resolución acusada, aunque pueden acudir a la vía judicial (sentencia C-510).

2.1.2.- Si el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que desarrolla el artículo 90 de la Constitución Política, opera para las reclamaciones judiciales, con mayor razón debe operar para cuando se hace por vía administrativa, ya que ésta es alterna a la judicial y el citado artículo establece la obligación del Estado de anteceder los principios de reparación integral, de equidad y observar los criterios técnicos actuariales, luego no es admisible su no aplicación por no usarse la vía judicial.

2.1.3.- Siguiendo los criterios señalados en la sentencia C-674 de 2002, la disposición acusada otorga un trato diferente a entes y hechos cobijados bajo una misma hipótesis, ya que el artículo 26 de la cuestionada resolución permite la

actualización monetaria en consonancia con el antes comentado artículo 16 de la Ley 446 de 1998, de los montos de recobros por servicios no POS ordenados en fallos de tutela, ante el silencio de la prohibición de reconocer la inflación.

En todos los casos de los artículos 25 y 26 se trata de prestaciones no incluidas en el POS, y los requisitos señalados en el artículo 6º de la misma resolución son los mismos que atiende un juez de tutela para ordenar prestaciones no POS, y las finalidades en uno u otro caso son las mismas, y la finalidad del recobro es también igual, restablecer el equilibrio económico financiero, reparar los perjuicios que la afronta la EPS por la ejecución de la orden de tutela, de allí que el reconocimiento de la inflación que opera para recobros de tutela, debe operar también por recobro en los demás casos de que habla el artículo 25 atacado. Hay así un tratamiento desigual que no persigue una finalidad constitucionalmente válida que lo justifique, y la limitación al derecho de igualdad no es adecuada para alcanzar tal finalidad ni proporcional.

3. Examen de los cargos

3.1. En cuanto se refiere al artículo 16 de la Ley 486 de 1998, la Sala observa que ésta es una disposición que hace parte de la normatividad procesal de orden legal que regulan la administración de justicia, esto es, actuaciones y decisiones de carácter jurisdiccional y, por tanto, la solución de conflictos jurídicos por daños irrogados a las personas. La materia de que se ocupa o la que corresponde, entonces, es la administración de justicia, especialmente, la de las sentencias que han de proferirse en los procesos judiciales contenciosos, promovidos mediante demanda por quien o quienes hubieren sido víctimas de daños causados por terceros (particulares o el Estado) a su persona o a sus cosas, según se lee a continuación:

“ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales. “

Por su parte, el artículo 25 de la Resolución 2933 de 15 de agosto de 2006 hace parte de la regulación de una materia totalmente distinta a la administración de justicia y de las correspondientes sentencias o decisiones jurisdiccionales, de

modo que no guarda relación alguna con esta actividad o función del Estado, ni con procesos y conflictos jurídicos y menos de carácter contencioso.

Como lo indica el epígrafe de dicha resolución, la materia de que trata es enteramente administrativa, y como tal hace parte de la normatividad legal y reglamentaria que regula un servicio público, cual es el de la salud, y dentro de ella es parte de la regulación de una actuación administrativa encaminada a satisfacer o atender el recobro de medicamentos no incluidos en el POS y suministrados por las EPS, tanto en virtud de concepto de los Comités Técnico-Científicos como de fallos de tutela; es decir, una actuación administrativa encaminada a resolver peticiones en interés particular de las EPS, interés que se concreta en el derecho legal y reglamentario que ellas tienen de obtener la reposición a cargo del FOSYGA, de las cantidades de dinero que paguen en exceso de lo previsto en el POS, en materia de medicamentos, servicios y procedimientos médicos.

No se refiere a la reparación de daño ni a conflicto jurídico alguno, sino a la manera de hacer efectivos en sede administrativa derechos y obligaciones señaladas claramente en la Constitución, la ley y el reglamento, precisados o desarrollados por la jurisprudencia, para garantizar la eficacia y eficiencia de un servicio público.

El artículo 16 de la Ley 486 de 1998 de ninguna manera trata de dicha actuación administrativa y menos del referido reintegro o recobro, menos cuando éste no es un trámite litigioso, sino un diligenciamiento que cabe surtirse dentro de unas relaciones jurídicas de carácter legal y reglamentario y, por ende, de derechos, deberes y obligaciones definidas en la Constitución, la ley y el reglamento, que por lo mismo no requieren declaración ni definición judicial, sino la correspondiente actuación administrativa para hacer efectivos unos y otras, y no para declararlos.

Así las cosas, es claro que el artículo 25 enjuiciado no guarda correspondencia de materia o asunto con el artículo 16 de la Ley 486 de 1998, lo que significa que éste no es norma superior legal de aquél o que el primero no le debe subordinación al segundo, luego no es viable siquiera predicar contradicción entre ambos.

Por ende no hay lugar a que dicho artículo 25 viole el precepto legal en comento, de allí que el cargo se desestima.

3.2.- Con relación al artículo 13 de la Constitución Política¹, se ha advierte que no tiene cabida predicar trato discriminatorio frente a las situaciones o casos que son objeto del citado artículo 16 de la Ley 486 de 1998, por cuanto como está visto, no se trata de situaciones fácticas y jurídicas iguales, sino enteramente diferentes, como quiera que las de éste son litigiosas, donde se persigue que se declare el daño y su monto a reparar, la responsabilidad y la consecuente obligación de repararlo; mientras que las subsumibles en el artículo 25 de la resolución acusada son de carácter legal y reglamentario, es decir, ya están tipificadas por el derecho y por ende no son objeto de controversia en el trámite de que hace parte ese precepto reglamentario, de allí que tal trámite no es un proceso judicial.

Tampoco la hay frente al artículo 26 de la aludida resolución, puesto que en éste no se dispone lo contrario del acusado artículo 25, ni su texto impone o implica el reconocimiento de ajuste por inflación ni cambio de anualidad, amén de que trata de circunstancias distintas de las que se encuadran en el antecitado artículo 25, según se aprecia a continuación.

“Artículo 26. Monto a reconocer y pagar por recobro de actividades, procedimientos, intervenciones o elementos ordenados en fallos de tutela. El monto a reconocer y pagar por recobro de actividades, procedimientos, intervenciones o elementos ordenados en fallos de tutela se determinará de la siguiente forma:

a) Actividades, procedimientos, intervenciones o elementos incluidos en el Plan de Beneficios del Régimen contributivo, para afiliados que no han cumplido con los períodos mínimos de cotización.

Para el caso de actividades, procedimientos, intervenciones y elementos incluidos en el Plan de Beneficios del Régimen contributivo, en los cuales el afiliado no ha cumplido con los períodos de cotización necesarios para que la EPS o EOC garantice su total prestación, el valor a reconocer y pagar por el Fosyga será el porcentaje equivalente a las semanas faltantes para cumplir el total de las requeridas según sea el caso (52 ó 100 semanas). Este porcentaje se aplicará al valor facturado por el proveedor sobre los conceptos de que trata el presente literal, incluyendo las pruebas diagnósticas que se requieran dentro de la atención o para el seguimiento del tratamiento postoperatorio intrahospitalario del evento, complicaciones relacionadas

¹ El citado artículo, en su inciso primero, reza: “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”

exclusivamente con el evento, excluyendo de este pago las pruebas dirigidas a definir el diagnóstico y la atención inicial de urgencias.

No habrá lugar al pago de actividades, procedimientos, intervenciones o elementos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud en casos diferentes al contemplado en el presente literal, por encontrarse ya reconocidos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la respectiva Unidad de Pago por Capitación, UPC;

b) Actividades, procedimientos, intervenciones o elementos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud. En el caso de actividades, procedimientos, intervenciones o elementos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, POS, el valor a reconocer y pagar por el Fosyga se liquidará sobre el valor total facturado por el proveedor, incluyendo las pruebas diagnósticas que se requieran dentro de la atención o para el seguimiento del tratamiento postoperatorio intrahospitalario del evento, complicaciones relacionadas exclusivamente con el evento, excluyendo de este pago las pruebas dirigidas a definir el diagnóstico y la atención inicial de urgencias.”

Se observa entonces que además los conceptos y parámetros o factores base de la liquidación del recobro son distintos a los del artículo 25, sin que en tales factores esté incluido el ajuste por inflación y la anualidad. La norma delimita de forma precisa y taxativa tales factores y los consiguientes montos de los respectivos cobros.

Por lo tanto no se da la reclamada violación del artículo 13 de la Constitución Política a título de discriminatorio en los casos previstos en el artículo 25 acusado, en contraste con los contemplados en los artículos 16 de la Ley 486 de 1998 y 26 de la Resolución 02933 de 2006, luego el cargo no prospera.

1.3.3. Respecto de la violación del artículo 48 de la Constitución Política, se tiene que su texto dice:

“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.”

El concepto central del cargo es el de que la norma acusada contraría el principio de eficiencia consagrado en el transcrito precepto constitucional y en el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, porque afecta el equilibrio económico de las E.P.S.

Sobre el particular cabe decir que si, al tenor del artículo 2º de la Ley 100 de 1993, 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;*” no se observa como puede afectarla la disposición objeto del sub lite, esto es, el no reconocimiento de ajustes por inflación ni el cambio de anualidad, puesto nada se establece o prevé con ello sobre la utilización social y económica de los recursos de que habla la norma, como tampoco incide en que esa utilización sea la mejor. Luego no guarda relación directa con el contenido del artículo 48 de la Constitución Política ni el artículo 2º de la Ley 100 de 1993 en cuanto hace al principio de eficiencia.

Además, el desequilibrio económico que aduce la actora, si alguna relación directa tiene con la eficiencia, sería más a título de resultado, en la medida en que la ausencia de ésta puede causar y de hecho lo hace, una situación de crisis financiera en la correspondiente institución, como usualmente se da en los casos de intervención de EPS para liquidación, situación en la que antes que un problema de equilibrio económico, tal como está estructurado en la dogmática jurídica, es un problema de desacierto o incorrección en la gestión del negocio.

Por ende, 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. Luego, no tiene relación directa con la figura del equilibrio económico que se aplica en las relaciones contractuales.

La actora tampoco invoca norma constitucional o legal alguna que perteneciendo al régimen jurídico de la materia se ocupe del equilibrio económico en relación con las E.P.S.

La norma legal que regula dicha figura es el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que no ha sido invocado por la accionante, aunque el mismo permite decir que en el mundo jurídico y particularmente dentro del derecho público, esa expresión hace parte de la dogmática jurídica concerniente a las relaciones negociales, de manera

específica del contrato estatal, de allí que incluso ha sido acogido expresamente por la normatividad de dicha materia, tal como hoy aparece en el citado artículo 27, en el marco de la ecuación contractual, a saber:

“ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”

En sentencia de la Sección Tercera², a propósito de la connotación del referido concepto, esta Corporación consideró necesario precisar los elementos que configuran esta teoría, en orden a lo cual reiteró los planteamientos efectuados en sentencia de la misma Sala del 26 de febrero de 2005³, en relación con el concepto de equilibrio contractual y los eventos que lo determinan:

“1. Para establecer el contenido del concepto “Equilibrio” cabe tener en cuenta lo que motiva a cada uno de los sujetos de la relación jurídico negocial derivada del contrato estatal; para el Estado, desarrollar los fines que nuestro sistema jurídico le atribuyó fundamentalmente la satisfacción del interés público; para el particular, obtener un lucro personal.

El contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha en que surge la relación jurídico negocial.

Por virtud de la mentada ecuación, se pretende que la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de

² Sentencia de 9 de junio de 2005, expediente núm. 1995 02939 01, consejero ponente doctor Alier Eduardo Henríquez

³ Radicación: 25000-23-26-000-1991-07391-01. Actor: Sociedad Viviendas y Construcciones de Hormigón Armado Ltda. Hora Ltda.

éste, cada una de ellas alcancen la finalidad esperada con el contrato.

Cuando las condiciones económicas pactadas a la celebración del contrato, se alteran en perjuicio de una de las partes cocontratantes, a consecuencia de hechos que no le son imputables y que ocurren con posterioridad a la celebración del mismo, surge el deber de reparar la ecuación financiera del contrato.

Los hechos determinantes del rompimiento de la ecuación financiera del contrato son: el hecho del príncipe, los actos particulares de la administración en ejercicio de la potestad de dirección y control (particularmente del ius variandi) y los factores sobrevinientes y exógenos a las partes del negocio.⁴

(...)

Resulta ilustrativo tener en cuenta lo manifestado por la doctrina al respecto:

“...si el cocontratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente.

El fundamento jurídico de este derecho reconocido al cocontratante particular, sin perjuicio de las disposiciones constitucionales o legales que en cada país puedan darle sustento, se encuentra en el hecho de que teniendo en cuenta los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa, y el rol que en ella tiene aquél al constituirse en un colaborador activo para el logro de dichos fines, resulta justo que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la administración pública.

(...)

La ecuación económico - financiera del contrato puede verse afectada, según se sostiene comúnmente, por tres causas fundamentales:

“1) Por causas imputables a la administración pública, cuando ésta no cumple en la forma debida las obligaciones que el contrato puso a su cargo o cuando introduce modificaciones que las afectan. Estamos frente a supuestos que generan responsabilidad para la administración y a los cuales nos referimos en este mismo capítulo.

⁴ A este respecto puede consultarse la sentencia proferida el 29 de abril de 1999; expediente 14855.

2) *Por causas imputables al Estado, incluida, como es obvio, la misma administración pública, y cuyos efectos inciden o pueden incidir en el contrato administrativo. Estos supuestos son tratados, por lo general, dentro de la llamada teoría del ‘hecho del príncipe’...*

3) *Por causas no imputables al Estado, que son externas al contrato y que sin embargo alteran su economía general, por incidir en él. Estos supuestos son tratados dentro de la “teoría de la imprevisión”⁵*

(...) (Se subraya).”

En sentencia posterior⁶ se aproximó más a una noción de la comentada institución jurídica, respecto de lo cual dijo:

“El equilibrio financiero del contrato ha sido definido por la doctrina extranjera como ‘la relación aproximada entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración como un cálculo al momento de contratar; cuando este balance razonable se rompe puede ser equitativo restablecerlo puesto que él había sido tomado como un elemento determinante del contrato’⁷

La doctrina nacional autorizada ha definido la ecuación económica del contrato como ‘un concepto que va ligado a que el contratista reciba, en todos los eventos en que por alguna circunstancia ajena a su voluntad se resquebraje la contraprestación económica que lo llevó a obligarse con la Entidad, una compensación o indemnización que le restablezca su interés.’⁸”

De igual forma dejó precisado que “la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4º de la misma Ley 90, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato.

⁵ Escola, Hector Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen II 1979, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina; págs. 453 y 454.

⁶ Sentencia de 31 de octubre de 2007, expediente Núm. 1996-02098-01(15475), consejero ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ ANDRE DE LAUBADÉRE, Traité theorique et pratique des Contrats Administratif Cfr. Parías, LGDJ, 1956.Tomo II, pág. 32, citado en la obra Régimen de Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1966, Pág. 32 .

⁸ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, “La Contratación de las Entidades Estatales”, Quinta Edición, 2005, Bogotá , Librería Jurídica Sánchez R Ltda., Medellín, Pág.353.

Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho que tienen, en igual medida, las dos partes de la relación contractual.” (sic)

Por lo anterior concluyó que *“Al aproximar, con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales resulta posible identificar una doble dimensión, la primera relacionada con la equivalencia objetiva de las prestaciones y la segunda referida al respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración”*⁹.

En resumen, cabe decir que el equilibrio económico es el derecho que tienen las partes de una relación negocial con el Estado para que se preserven las circunstancias objetivas necesarias que le permitan hacer efectivas sus correspondientes expectativas económicas, en la proporción o magnitud real que quedó determinada en la ecuación financiera del respectivo negocio o contrato estatal, de modo que ésta se ha de restablecer cuando resulte alterada por el hecho del príncipe, los actos particulares de la administración en ejercicio de la potestad de dirección y control (particularmente del *ius variandi*) y los factores sobrevinientes y exógenos a las partes del negocio.

Su verificación implica, entonces, el examen y valoración de la ecuación financiera o económica en situaciones concretas, atendiendo las magnitudes o variables que conforma dicha ecuación, y establecer así si la misma se mantiene o no, y en caso de que se hubiere alterado, establecer a quien le es imputable dicha alteración y, por consecuencia, quién debe restablecerla.

En relación con la actividad de las E.P.S., la Corte Constitucional efectivamente les ha reconocido el derecho al equilibrio económico, partiendo de la subsunción de su relación con el Estado en una relación contractual¹⁰, que la Sala considera

⁹ HOYOS DUQUE, Ricardo. “El Equilibrio Económico del Contrato Estatal: La Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Propuesta de Reforma a la Ley 80 DE 1993”. Artículo en “Contratación Estatal: Aspectos Controversiales – Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal”. Compilador Felipe De Vivero Arciniegas. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá, D. C. Septiembre de 2007. Página 103.

¹⁰ La Corte Constitucional, en sentencia SU-480 de 2005, dice *“En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes. No constituye un “seguro del co-contratante” contra déficits de la explotación, sino una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes.”*¹⁰

no apropiada, puesto que entre cada una de ellas y el Estado no hay tal contrato. Lo que hay, como atrás quedó precisado, es una relación legal y reglamentaria, que la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, ha caracterizado como de “*delegación*”¹¹, en la cual se inserta cada E.P.S. particular o pública, cuando voluntariamente decide dedicarse a explotar esa actividad, con sus propios recursos y asumiendo sus propios riesgos, debidamente autorizada por el Estado mediante acto administrativo individual y concreto.

Otra cosa es que al optar por explotar económicamente la correspondiente actividad, prestación de servicio de salud, busca y espera una utilidad, un lucro, suficiente para considerarla rentable y atractiva económicamente, atendiendo las condiciones de desarrollo de la misma, señaladas de modo general, abstracto e impersonal en la normatividad que la regula, por cierto de orden público, de allí que la situación jurídica en que se inserta es legal y reglamentaria.

No se debe perder de vista que las situaciones legales y reglamentarias tienen como razón de ser la satisfacción del interés general, de suerte que ellas son susceptibles de modificación, obviamente dentro de los límites pertinentes que señala la Constitución Política.

En ese orden y frente a esa posibilidad, es sabido que el amparo a las expectativas económicas o financieras de quienes escogen por explotar negocios o actividades económicas o sociales dentro de regulaciones constitutivas de las situaciones legales y reglamentarias, es el principio de la confianza legítima, en la medida en que éste comporta el derecho de que no se les cambien en perjuicio suyo las condiciones vigentes al momento de iniciarse en el negocio, y menos de forma que no se les permita adecuarse a los cambios que jurídicamente sean viables, y a ser compensados y reparados en el daño que llegaren a sufrir, si el cambio que se llegare a dar les hiciere imposible económicamente continuar la actividad en la cual no se les dio la oportunidad de adaptarse a las nuevas condiciones sí éstas permiten la viabilidad del negocio, toda vez que bajo la

Para Marienhoff, la ecuación o equilibrio financiero del contrato es el “medio por el que ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevistas, posteriores sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del co-contratante, que determina la obligación del estado de asistirlo para que pueda así cumplir o seguir cumpliendo el contrato.”

Ese equilibrio hace parte de la relación Estado-EPS.”

¹¹ La Corte Constitucional, en la precitada sentencia SU-480 de 2005, expresa: “Dentro de la organización del sistema general de seguridad social en salud, la Constitución, artículos 48 y 49, y la ley 100 de 1993, permiten la existencia de las Entidades Promotoras de salud, de carácter privado, que prestan el servicio según delegación que el Estado hace.”

confianza que les inspiraba la regulación estatal existente, habían invertido recursos y desestimado otras oportunidades de negocio.

En esas circunstancias, más que hablar de equilibrio económico de las E.P.S., como lo hace la Corte Constitucional en su sentencia SU-480 de 2005, lo que debe aludirse es, por una parte, al principio de la confianza legítima y, por otra, que las normas inferiores respeten y sean armónicas con las superiores que desarrollan, de modo que las disposiciones reglamentarias sean acordes o armónicas con las superiores que reglamentan, en especial con las legales y constitucionales pertinentes.

En lo que corresponde a la disposición reglamentaria acusada, la actora no aduce una norma superior específica de la normatividad de la materia, que no permita adoptar la precisión en ella establecida y objeto de su censura, esto es, la de no reconocer ajustes por inflación y anualidad.

Téngase en cuenta que la jurisprudencia ha reiterado que la reglamentación no es la reproducción de la norma superior, sino su desarrollo, explicitando y precisando aspectos que le son inherentes a su contenido, y que por ende es necesario o viable hacer expresos para facilitar la adjudicación de aquella.

De modo que no se aprecia que establecer que en los recobros por los conceptos de que trata el artículo 25 en cuestión no se reconocerá ajuste por inflación o cambio de anualidad, no es incompatible ni contraría el artículo 48 de la Constitución Política.

Tampoco significa un cambio inesperado en la regulación de la situación jurídica y reglamentaria en que se encuentran subsumidas las E.P.S. actuales, menos cuando no se tiene conocimiento, y menos por noticia de la actora, de que dentro de la normatividad superior de dicho artículo reglamentario hubiese alguna disposición que señale o prevea lo opuesto sobre el punto en comento.

Por el contrario, si se examina la normatividad de la materia, lo que se encuentra es que en situaciones de perjuicios por el retardo en el pago, hay norma superior que prevé el pago del perjuicio que ello le cause al acreedor, como quiera que el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002 le impone a la entidad morosa pagar intereses moratorios.

De allí que aún dentro de la perspectiva del equilibrio económico que invoca la actora, asumiéndolo como creación jurisprudencial constitucional en relación con las E.P.S., y que valga la aclaración no es cierto que se da dentro de una relación contractual, y que la Sala atendió en sentencia de 18 de junio de 2009¹², no se evidencia que la disposición enjuiciada afecte *per se* dicho equilibrio de las E.P.S., como lo pone de presente el Ministerio Público, puesto que además de tratarse de situaciones excepcionales como éste comenta, la norma no desconoce ni afecta el derecho de las E.P.S. que en cada caso concreto y excepcional le otorga la normatividad legal y la jurisprudencia, esto es, a que le sea restituido lo que hubieren pagado en exceso del POS por los conceptos de que trata el artículo enjuiciado, bajo la denominación de recobro, cuya efectividad se presume que se da dentro de los plazos usuales de la actividad comercial.

Y si la entidad obligada al pago del recobro, que ahora es el FOSYGA, se toma un tiempo excesivo que pueda considerarse como morosidad, el interesado no queda desprotegido en su peculio por la falta de reconocimiento del ajuste por inflación y la anualidad, puesto que en tal caso, justamente el régimen de la situación jurídica legal y reglamentaria en que se encuentra inserto, le protege del posible detrimento patrimonial por dicha mora, toda vez que el artículo 4º del Decreto Ley 1281 de 2002, *“Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”*, le da derecho al pago de intereses moratorios sobre la suma en recobro, incluso en términos iguales a los que puede cobrar el Estado por las obligaciones tributarias, que según el artículo 635 del Estatuto Tributario son equivalentes a la tasa de interés de usura que certifique la Superintendencia Financiera.

Para la mejor ilustración del punto, conviene traer el texto de dicha norma, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 4º. INTERESES MORATORIOS. *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para*

¹² Sentencia de 18 de junio de 2009, expediente número 11001 0325000 2004 00139 01, consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

los tributos administrados por la dirección de impuestos y aduanas nacionales.”

Téngase en cuenta que no se trata de intereses legales o corrientes, sino moratorios, los cuales tienen un carácter resarcitorio y no meramente remuneratorio. Es por ello que la Corte Constitucional, a propósito del examen de legalidad del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 en cuanto al pago de intereses moratorios, en sentencia de 21 de octubre de 2003 C-965 /03, ha señalado que *“la jurisprudencia sostuvo que, en el orden constitucional vigente, el instituto resarcitorio de la mora también encuentra sustento jurídico en el principio de responsabilidad patrimonial de la administración pública (C.P. art. 90)”*

Que en *“En el campo de la responsabilidad contractual, aclaró la Corte, la obligación estatal de pagar intereses de mora es a su vez consecuencia del carácter sinalagmático de las prestaciones recíprocas del contrato y de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado, representado en el daño antijurídico que sufre el contratista al no poder disponer a tiempo de los recursos que ha adquirido con justo título. Ello justifica que la mora se reconozca como un derecho irrenunciable del contratista particular afectado con el incumplimiento estatal; derecho que goza a su vez de una clara y evidente protección constitucional, como se dijo, sustentada en los principios de igualdad, equidad, justicia conmutativa, buena fe, garantía del patrimonio privado y responsabilidad.”*

Por lo expuesto, el cargo de violación del artículo 48 de la Constitución Política no tiene vocación de prosperar.

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 la ciudadana FRANCY HASBLEDY RODRIGUEZ VARGAS para que se declarara la nulidad de los apartes subrayados del artículo 25 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 29 de abril de 2010.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Presidente

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO