

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009)

Radicación núm.: 11001 0325000 **2004 00139** 01 y
11001 0325000 **2004 00175** 01 (**Acumulados**)

Actor: **GIOVANNI SALGADO RUBIANO**

Procede la Sala a decidir en única instancia las demandas de nulidad de la referencia, interpuestas ambas por el ciudadano GIOVANNI SALGADO RUBIANO, identificado con la cédula de ciudadanía número 79´779.195 de Bogotá, contra el literal b) del artículo 11° de la Resolución 002948 de 3 de octubre de 2003, proferida por el Ministerio de la Protección Social, las cuales fueron acumuladas mediante auto del 18 de diciembre de 2006.

I.- LA DEMANDA

Acude el actor ante esta Corporación en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., subrogado por el artículo

14 del Decreto 2304 de 1989 para que, en proceso de única instancia, la Sala acceda a la siguiente

1. Pretensión:

Que se declare la nulidad parcial del literal b) del artículo 11° de la Resolución 002948 de 3 de octubre de 2003, proferida por el Ministerio de la Protección Social, *“por la cual se subrogan las Resoluciones 05061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras disposiciones para la autorización y recobro ante el Fosyga de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico”*, publicada en el Diario Oficial N° 45347 de octubre 21 de 2003.

2. Hechos en que se fundan las demandas

En las dos demandas acumuladas se menciona que el Ministerio de la Protección Social, invocando las atribuciones que le fueron expresamente conferidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, expidió la Resolución demandada, en cuyo artículo 11°, literal b) se regula el procedimiento de recobro ante el FOSYGA del valor de los medicamentos que a pesar de no estar incluidos por el POS, son suministrados por las EPS, previa autorización de los Comités Técnicos Científicos respectivos.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora señala como violados los Artículos 13, 48 y 121 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 172 y 218 de la Ley 100 de 1993; el artículo 6° del Decreto 1283 de 1996; y los artículos 2° y 8° del Acuerdo 228 de 2002 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social.

Al explicar el concepto de la violación de las normas que se acaban de enunciar, el demandante concreta sus objeciones en los siguientes términos:

3.1. Primer cargo:

Según se expresa en la demanda, el Ministro de la Protección Social desbordó el límite de sus competencias funcionales al adoptar la determinación contenida en el artículo 11 literal b) de la Resolución N° 2948 de 2003, mediante la cual se limita en un 50% el valor a reconocer por concepto del suministro de los medicamentos allí mencionados.

En efecto, al desarrollar el actor sus argumentos, señala que el Ministerio de la Protección Social no es competente para autorizar la formulación de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de 2002, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social, ni para determinar el valor a reconocer por los mismos, pues dicha competencia se encuentra directamente asignada al precitado Consejo, por ser ese organismo el encargado de definir el Plan

Obligatorio de Salud, de determinar cuáles son los medicamentos esenciales y genéricos que de él forman parte y de fungir como Consejo Administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), lo cual implica la responsabilidad de señalar los criterios que han de seguirse en la utilización, manejo y distribución de sus recursos, tal cual lo disponen los artículos 172 y 218 de la Ley 100 de 1993. Por todo lo anterior, concluye que el Ministerio del ramo incurrió en una violación del artículo 121 de la Carta.

4.2.- Segundo Cargo:

El opinión del actor, el literal b) del artículo 11° de la Resolución 002948 de 3 de octubre de 2003, proferida por el Ministerio de la Protección Social viola el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta, pues establece un tratamiento discriminatorio entre el valor que el FOSYGA debe reconocer y pagar por el suministro de medicamentos que, sin estar previstos en el Plan Obligatorio de Salud y sin tener homólogos en el mismo, son autorizados por el Comité Técnico Científico, y aquellos que, sin estar tampoco relacionados en la lista de medicamentos contenida en el Acuerdo 228 de 2002, adoptado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, son autorizados mediando una acción de tutela. Al exponer su criterio el actor expresa que mientras en el primero de los casos el valor a reconocer se limita en el 50% del valor de la cantidad del medicamento suministrado, en el segundo

se puede llegar a reconocer hasta el 100%. A juicio suyo la precitada distinción es injustificada, pues en ambos casos se trata de medicamentos que además de no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud; no tienen señalado un medicamento homólogo que los remplace y su cubrimiento con cargo al POS no se encuentra previsto, no solamente por no estar incluidos en el listado ya aludido sino por tratarse de medicamentos cuyo valor no es tenido en cuenta al momento de determinar el valor de las Unidades de Pago por Capitación –UPC-, a las cuales tienen derecho las EPS por cada afiliado o beneficiario por la prestación de sus servicios o el suministro de medicamentos.

4.3.- Tercer cargo:

El actor considera que el literal b) del artículo 11° de la Resolución demandada es contrario a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que según lo dispuesto en el artículo 48 constitucional, están llamados a orientar la prestación de los servicios de seguridad social, pues al limitar el valor de los recobros en el porcentaje ya señalado, se está propiciando un desequilibrio financiero en los contratos celebrados entre el Estado y las entidades que forman parte del sistema. Por lo mismo, no tiene ningún asidero legal que el Estado consagre ese límite del 50% del valor de los recobros, exonerándose del pago del 50% restante, pues en últimas, las empresas e instituciones del sector solamente están obligadas a lo

que se establece en el POS. Así las cosas, cuando se ordena el suministro de medicamentos no previstos en el mismo, el Estado es quien debe asumir el 100% de su valor, por tratarse precisamente de obligaciones que van más allá de lo que jurídicamente corresponde.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la Nación-Ministerio de la Protección Social, se opone a la prosperidad de la acción, por considerar que en este caso no se configura ninguno de los vicios señalados por la parte actora.

Estructura su oposición señalando que el acto acusado fue expedido por el Ministro del ramo en ejercicio de las atribuciones conferidas por los numerales 2° y 3° del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, en donde se faculta de manera expresa al ejecutivo para dictar, por una parte, normas científicas relacionadas con la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo y, por otra parte, las disposiciones administrativas de obligatorio acatamiento para las Entidades e Instituciones encargadas de la prestación de los servicios de salud. Por otra parte, pone de presente que el Ministerio de la Protección Social en ningún momento está facultando a los Comités Técnicos Científicos para autorizar la formulación de medicamentos no incluidos en el POS, pues lo cierto es que tal decisión ya fue adoptada por el propio Consejo Nacional de

Seguridad Social en Salud, al disponer en el artículo 8° del Acuerdo 228 de 2002 ¹, que las EPS pueden formular medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, siempre que cuenten con la autorización previa del Comité Técnico Científico.

Con respecto a la afirmación de que la norma demandada está adoptando unas reglas de pago que no fueron establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se precisa por parte del Ministerio de la Protección Social que de conformidad con las previsiones del artículo 8° del Acuerdo 228 de 2002 y del artículo 218 de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) tiene las características de un fondo cuenta, sin personería jurídica, adscrito a esa cartera ministerial, que es precisamente la llamada a ejercer su dirección y control integral, hecho que involucra la posibilidad de establecer las condiciones de pago de que trata la norma demandada. Al amparo de lo dispuesto en el Decreto 1283 de 2002, el Ministro del ramo o su delegado, es el responsable de la ordenación del gasto y de afectar las apropiaciones presupuestales del Fondo, lo cual lleva implícita la facultad de señalar las condiciones mínimas que deben cumplirse para poder efectuar los desembolsos correspondientes, sin que ello

¹ **ARTICULO 8°.-** Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo, previa aprobación del Comité Técnico Científico.

Si el precio de compra de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del tratamiento, es menor o igual al precio de compra de los medicamentos que lo reemplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las entidades obligadas a compensar o A.R.S. Si el precio de compra excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía.

comporte necesariamente la definición de los criterios de utilización y distribución de los recursos, tarea que de manera general y abstracta debe cumplir el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, como organismo rector del sistema.

Se añade en la contestación de la demanda que la norma acusada se fundamenta en el principio de prevalencia del interés general, toda vez que lo allí preceptuado pretende garantizar, en forma proporcional y razonable, el derecho a la seguridad social y el equilibrio financiero del sistema. Para la realización de tales propósitos es necesario que las autoridades encargadas de su dirección garanticen la prestación y la progresividad del servicio, así como también el manejo racional y óptimo de los recursos.

Se refuta igualmente en ese escrito el cargo relacionado con la violación al principio de igualdad, pues según la apoderada del Ministerio, el artículo 11 literal b) de la Resolución 2948 de 2003 no establece distinciones o discriminaciones de ninguna especie, si se tiene en cuenta que en las dos situaciones planteadas se reconoce el 50% del valor de la cantidad del medicamento suministrado por fuera del POS.

Desmiente igualmente la afirmación según la cual, el acto impugnado viola el artículo 48 de la Carta, diciendo que no es válido predicar la afectación del equilibrio financiero de las entidades del

sector, pues el pago de los medicamentos mencionados en esta providencia es asumido proporcionalmente en un 50% por la entidad que los autoriza y el otro 50% lo asume solidariamente el FOSYGA.

Por último, señala que el acto demandado estuvo vigente del 21 de octubre de 2004 al 11 de noviembre del mismo año, fecha en la cual el artículo 25 de la Resolución 3797 de 2004, derogó las Resoluciones 2948 y 2949 de 2003 y 087 de 2004 así como también las demás disposiciones que le sean contrarias.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta etapa procesal, el actor reiteró los mismos argumentos planteados en las demandas que fueron objeto de acumulación, subrayando que las normas que considera violadas fueron infringidas por el Ministerio de la Protección Social al adoptar *“un criterio de distribución de los recursos”* sin tener competencia para ello, ya que dicha atribución se encuentra asignada al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Por otra parte, insiste en señalar que los medicamentos no incluidos en el POS y cuyo suministro es ordenado por los Comités Técnico Científicos o en virtud de un fallo de tutela, no se encuentran financiados en la Unidad de Pago por Capitación – UPC y por ende su pago debe ser asumido en su totalidad por el Estado. La

limitación consagrada en el precepto demandado desconoce que la facultad de imponer límites al recobro del valor de los medicamentos suministrados por las EPS es de competencia del legislador.

Finalmente, alega el actor que de la facultad que tiene el Ministerio del ramo para establecer el trámite para los recobros de las EPS ante el FOSYGA y para dictar normas científicas y administrativas de obligatorio cumplimiento, no se deriva la competencia para desconocer o limitar a las EPS el derecho al recobro.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, considera que se deben denegar las pretensiones de la demanda, aduciendo que de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2° y 3° del Artículo 173 de la Ley 100 de 1993, el Ministerio de la Protección Social sí era competente para expedir el acto acusado. Como complemento de lo anterior y luego de transcribir el texto del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, concluye diciendo que ninguno de sus numerales establece que la competencia para proferir normas que regulen el procedimiento de recobro o el valor que debe pagarse por los medicamentos no incluidos en el POS y que no tengan homólogo, se encuentre asignada al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

V.- DECISIÓN

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

CONSIDERACIONES

1.- El acto acusado

Se demanda en este proceso la nulidad de lo dispuesto en el literal b) del artículo 11° de la Resolución 002948 de 3 de octubre de 2003, proferida por el Ministerio de la Protección Social, *“por la cual se subrogan las Resoluciones 05061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras disposiciones para la autorización y recobro ante el Fosyga de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico”*, cuyo texto es del siguiente tenor:

MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL
RESOLUCION NUMERO 2948 DE 2003
(Octubre 3)

Por la cual se subrogan las Resoluciones 05061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras disposiciones para la autorización y el recobro ante el Fosyga de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico.

El Ministro de la Protección Social, en ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente de las que le confiere el artículo 173 de la Ley 100 de 1993,

RESUELVE:

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

[...]

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

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

No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad. ***(La parte demandada es aquella que aparece resaltada).***

2.- Reflexiones previas con respecto a la derogatoria del acto acusado

Antes de abordar el análisis de los cargos formulados en la demanda, esta Corporación considera oportuno destacar que el literal b) del artículo 11° de la Resolución 002948 de 3 de octubre de 2003, proferida por el Ministerio de la Protección Social, fue derogado por la Resolución 3797 de 2004, *“Por la cual se reglamentan los Comités Técnicos 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”*, tal como lo señala la apoderada de ese Ministerio.

No obstante lo anterior, esa circunstancia no tiene ninguna relevancia en este proceso, pues tal como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, el hecho de que el acto acusado haya sido derogado o subrogado por un acto posterior, no constituye motivo legal suficiente para abstenerse de realizar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, teniendo en cuenta los efectos que dicho acto pudo haber producido mientras estuvo vigente.

3.- Generalidades sobre el Sistema de Seguridad Social en Salud, el suministro de medicamentos y su financiamiento.

Teniendo en cuenta la temática planteada en este proceso, la Sala estima conveniente evocar, en primera instancia, que el artículo 1° de la Constitución Política proclamó de manera explícita que Colombia es un Estado social y democrático de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general.

En concordancia con ese postulado de orden superior, el Estado se encuentra obligado a cumplir, como parte de su actividad, con una serie de obligaciones, deberes y responsabilidades en materia social, teniendo en la mira la realización de los fines esenciales de nuestra organización política, entre los cuales se cuentan precisamente los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta y asegurar la vigencia de un orden social justo (Art. 2° de la C. P.).

En ese contexto, el artículo 48 de nuestro estatuto fundamental define la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia. Además de ello, determina que el acceso a la Seguridad

Social constituye un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional. En concordancia con lo expuesto, el constituyente fue claro en señalar que el Estado, con la participación de los particulares, está llamado a ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social, que comprende la prestación de los servicios en la forma que determine el legislador.

El artículo 49 de la Carta, a su turno, establece textualmente lo siguiente:

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

En sintonía con las disposiciones precitadas, el artículo 366 de la Carta preceptúa que *“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado”*. Al mismo tiempo dispone que uno de los objetivos fundamentales de su actividad es *“...la solución de las necesidades insatisfechas de salud,...”*, lo cual explica que tanto en los planes como en presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tenga prioridad sobre cualquier otra asignación.

Partiendo de los parámetros constitucionales acabados de enunciar, el Congreso de la República profirió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se estableció el Sistema de Seguridad Social en Salud, con el propósito de regular la prestación de ese servicio público esencial y de garantizar el acceso universal de todas las personas al desarrollo, cuidado y atención de la salud, como proyección del principio de solidaridad. En sus normas se regula la dirección, organización y funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se disciplinan todos los aspectos de orden administrativo, financiero y de control con él relacionados.

Resulta pertinente anotar que en el Sistema de Seguridad Social en Salud establecido por la Ley 100 de 1993, coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, dos regímenes de salud nítidamente diferenciados: uno de carácter contributivo y otro de carácter subsidiado.

El Régimen Contributivo se encuentra integrado por un conjunto de normas que rigen la vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de todas aquellas personas que se encuentren vinculadas laboralmente a través de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria, así como también de quienes ostentan la condición de pensionados y jubilados, a quienes se suman los trabajadores independientes con capacidad de pago y las familias de todos los anteriores, mediando en cada caso el pago de una cotización obligatoria, individual y familiar, o un aporte económico previo, que es asumido en su totalidad por el afiliado o en concurrencia con su empleador (Ley 100 de 1993, Artículos 157 y 202).

La prestación del servicio propiamente dicha, se encuentra a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, por delegación del Estado. Sobre el particular, el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 establece lo siguiente:

“Artículo 177. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación y registro de los afiliados

y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente ley”.

Según lo dispone el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización obligatoria aplicable a quienes se encuentran afiliados al régimen contributivo, será máximo del 12% del salario base de cotización el cual en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización deben ser asumidas por el empleador y una tercera parte restante por el propio trabajador, a menos de que ostente la condición de trabajador independiente, pues en dicho evento le corresponde asumir el pago total de la cotización. De conformidad con las previsiones legales, un punto de la cotización debe ser trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- para contribuir a la financiación de los servicios a que tienen derecho los beneficiarios del régimen subsidiado.

El monto de dicha cotización es determinado por el Gobierno Nacional y su tasación se realiza teniendo en cuenta la necesidad de asegurar el financiamiento de los servicios y suministros que forman parte del Plan Obligatorio de Salud, el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad, y las actividades de

promoción e investigación de la salud mencionadas en la ley 100 de 1993.

Del monto de las cotizaciones recaudadas, las EPS tienen la obligación de descontar por cada usuario el valor correspondiente a la Unidad de Pago por Capitación UPC y de trasladar la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-. Al respecto el artículo 205 de la Ley 100 de 1993 establece:

“Artículo 205. Administración del Régimen Contributivo. Las Entidades Promotoras de Salud recaudarán las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto descontarán el valor de las Unidades de Pago por Capitación —UPC— fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía a más tardar el primer día hábil a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las Unidades de Pago por Capitación mayor que los ingresos por cotización, el Fondo de Solidaridad y Garantía deberá cancelar la diferencia en el mismo día a las Entidades Promotoras de Salud que así lo reporten.

Según lo previsto en las normas que disciplinan el régimen jurídico de la seguridad social, el Plan Obligatorio de Salud POS es el conjunto básico de servicios de atención en salud a cargo de las Entidades Promotoras de Salud y a los cuales tienen derecho todos los afiliados al Régimen Contributivo. Dicho Plan apunta a la

protección integral de las familias en los casos de enfermedad general y maternidad, en las fases de promoción y fomento de la salud, así como también a la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

En él se especifican los distintos beneficios a que tienen derecho los afiliados al mencionado régimen, incluyendo el suministro de los medicamentos que en él aparecen relacionados. La competencia para definir el contenido de dicho Plan Obligatorio de Salud se encuentra atribuida por el artículo 172 de la Ley 100 de 1993 al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo colegiado que al aprobar el POS o sus modificaciones, está llamado a tener en cuenta la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema. Como se puede observar, se trata de un plan de beneficios limitados que cubre ciertas patologías, cuya atención, a juicio del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS-, reviste un carácter prioritario. Las restricciones antes apuntadas se explican por la disponibilidad limitada de los recursos destinados a su financiamiento y por la necesidad de garantizar la viabilidad y la continuidad del Sistema, preservando su estabilidad económica.

En cuanto se refiere al financiamiento de los servicios que se prestan y de los medicamentos que se suministran al amparo del POS, el Sistema reconoce a las Entidades Promotoras de Salud – EPS-, la denominada Unidad de Pago por Capitación –UPC-, que es una prima de aseguramiento cuyo valor es determinado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud - CNSSS - de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 156, 172, 182 y 185 de la Ley 100 de 1993, tomando en cuenta precisamente el costo de los beneficios previstos en el POS.

Aparte de las Unidades de Pago por Capitación, el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 contempla la figura de los “copagos” y las “cuotas moderadoras”, que como veremos enseguida, constituyen medios complementarios de financiamiento del POS, cuyo recaudo corresponde a las EPS.

De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 30 de 1996, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el “Copago”, es el aporte de dinero que hace el usuario al utilizar los servicios salud y que equivale a una parte de su valor total definido en las tarifas para el sector público, con cuyo pago se busca contribuir a la financiación del sistema de seguridad social en salud. La “Cuota Moderadora”, es el aporte en dinero que hace el usuario al momento de utilizar el servicio y que representa una parte de su valor total definido en las tarifas para el servicio público y cuya

finalidad es la de regular la utilización y estimular el buen servicio, promover en el paciente el seguimiento de sus actividades, intervenciones y procedimientos descritos en la guía de atención que lo conduzcan a mantenerse en condiciones saludables, a recuperar efectivamente su salud y a disminuir o minimizar sus consecuencias. Con tales ingresos se pretende garantizar la estabilidad financiera del Sistema y dar cumplimiento a los principios de universalidad y eficacia en la prestación del servicio de salud, sujetándose siempre a la capacidad socioeconómica de los afiliados y beneficiarios.

Con arreglo a los principios de universalidad y progresividad y teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos y las necesidades determinadas por la Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud, el POS puede ser ampliado de manera paulatina para abarcar un mayor número de servicios y suministros, hasta alcanzar un máximo nivel de cobertura.

En ese sentido y en ejercicio de lo dispuesto en los artículos 162 parágrafo 2 y 172 de la ley 100 de 1993, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud profirió el Acuerdo N° 228 del 3 de mayo de 2002, *“por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”*, adoptado mediante Acuerdo N° 083 de 1997. En ese acto administrativo aparecen enlistados los medicamentos esenciales que forman parte del Plan Obligatorio de Salud.

En el **Régimen Subsidiado**, por su parte, el valor de la cotización se cubre total o parcialmente con recursos de carácter fiscal o con fondos destinados a la solidaridad (*artículos 211 y 214 de la Ley 100 de 1993*),² lo cual se explica por la necesidad de financiar o subvencionar la atención en salud de personas pobres y vulnerables, incluyendo a los miembros de su respectivo grupo

² **ARTICULO 214. Recursos del Régimen.** El Régimen Subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

a) Quince puntos como mínimo de las transferencias de inversión social destinadas a salud de que trata el numeral 2 del artículo 22 de la Ley 60 de 1993.

Los 10 puntos restantes deberán invertirse de conformidad con el numeral 2 del artículo 21 de la Ley 60 de 1993, exceptuando el pago de subsidios. Adicionalmente, durante el período 1994-1997 10 puntos de la transferencia de libre asignación de que trata el parágrafo del artículo 22 de dicha Ley deberán destinarse a dotación, mantenimiento y construcción de infraestructura de prestación de servicios;

b) Los recursos propios y aquellos provenientes de Ecosalud que los departamentos y municipios destinen al régimen de subsidios en salud;

c) Los recursos del situado fiscal y de las rentas cedidas a los departamentos que se requieran para financiar al menos las intervenciones de segundo y tercer nivel del Plan de Salud de los afiliados al régimen subsidiado, conforme a la gradualidad de que tratan los artículos 161 y 240 del presente libro;

d) Los recursos para subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía que se describen en el artículo 221 de la presente Ley;

e) El 15 % de los recursos adicionales que a partir de 1997 reciban los municipios, distritos y departamentos como participaciones y transferencias por concepto del impuesto de renta sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana.

[...]

ARTICULO 217. De las participación de las Cajas de Compensación Familiar. Las Cajas de Compensación Familiar destinarán el 5 % de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en salud, salvo aquellas cajas que obtengan un cociente superior al 100 % del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10 %. La aplicación de este cociente, para todos sus efectos, se hará de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 49 de 1990 y a partir del 15 de febrero de cada año.

Las Cajas de Compensación Familiar podrán administrar directamente, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto, los recursos del régimen subsidiado de que trata el presente artículo. La Caja que administre directamente estos recursos constituirá una cuenta independiente del resto de sus rentas y bienes. Las Cajas de Compensación Familiar que no cumplan los requisitos definidos en la reglamentación, deberán girar los recursos del subsidio a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.

PARAGRAFO. A partir de la vigencia de la presente Ley, el 55 % que las Cajas de Compensación deben destinar al subsidio en dinero, se calculará sobre el saldo que queda después de deducir el 10 % de gastos de administración, instalación y funcionamiento, la transferencia respectiva del fondo de subsidio familiar de vivienda, la reserva legal y el aporte a la Superintendencia del Subsidio Familiar y la contribución a que hace referencia el presente artículo.

familiar, siempre y cuando no tengan capacidad de cotizar o esta sea limitada (*artículos 257, 212 y 213 de la ley 100/93*).

La forma y las condiciones de operación de este régimen son determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso, por disposición de la ley 100 de 1993, la administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones distritales, municipales y departamentales de salud, las cuales se encuentran autorizadas para celebrar contratos de esa índole con las EPS que afilien a los beneficiarios del Subsidio, a las que corresponde asumir el manejo de los recursos, la afiliación de los beneficiarios, la prestación directa o indirecta de los servicios de salud y el suministro de los medicamentos que forman parte del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado POS -S. Con cargo a dichos recursos se reconoce a las ARS, por cada uno de sus afiliados, la denominada “*Unidad de Pago por Capitalización Subsidiada UPS-S*”. Como retribución por sus servicios, las ARS tienen derecho a percibir una proporción de la UPC-S vigente por concepto de la organización y gestión del POS-S.

A manera de recapitulación se puede afirmar entonces que los afiliados y demás beneficiarios del régimen contributivo, tienen derecho a disfrutar los beneficios (*léase procedimientos médicos, quirúrgicos y terapéuticos y el suministro de medicamentos*) que aparecen determinados en el POS, en el entendido de que los

mismos se encuentran financiados por las Unidades de Pago por Capítacion –UPC-. Adicionalmente y en tratándose de su financiamiento, los copagos y las cuotas moderadoras a los cuales se hizo referencia, contribuyen al cubrimiento de los costos inherentes a tales servicios. En lo que concierne al régimen subsidiado, los beneficios aparecen predeterminados en el POS y su costo es financiado con los recursos aportados por las entidades territoriales y el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-.

Expuesto como queda el esquema general que antecede, resulta oportuno mencionar ahora, que aunque en el Régimen Contributivo los medicamentos a suministrar aparecen taxativamente relacionados en el Manual de Medicamentos adoptado mediante Acuerdo N° 228 del 3 de mayo de 2002 del CNSSS, ello no obsta para que de manera excepcional se disponga por vía de tutela o mediante autorización emitida por los Comités Técnico Científicos de las EPS, el suministro de otros medicamentos distintos de los previstos en ese listado, cuando ello se estime necesario para garantizar el derecho a la vida y a la salud de los afiliados o beneficiarios del sistema.

Al hacer referencia al tema, la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-412 del 22 de mayo de 2003, con ponencia del H. Magistrado ALVARO TAFUR GALVIS, expresó:

“[...] el régimen contributivo concede a sus afiliados los beneficios previstos en el Plan Obligatorio de Salud (Art. 28, Decreto 806 de 1998), a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, administradoras del mismo plan. Por tanto, no es obligación suya el suministro de medicamentos no contemplados en el POS.

No obstante lo anterior, en ciertos eventos cuando se encuentra demostrada la necesidad del tratamiento médico prescrito, la amenaza de los derechos fundamentales a la vida e integridad física del paciente enfermo, y la incapacidad económica para sufragar el costo del procedimiento médico; la Corte ha sostenido que las administradoras del Plan Obligatorio de Salud (*ver sentencias T-329/98, T-108/99, T-926/99, T-975/99, T-409/00, T-1027/00, T-1028/00, T-1123/00, T-1166/00, T-1484/00, entre otras*), deben inaplicar las exclusiones a que se hace referencia, con el fin de no vulnerar ningún derecho fundamental”. (*Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-047 de 2003. M.P. Dr. Alfredo Beltrán*).

En el fallo T-106 de 1993, esa misma Corporación ya había señalado que resulta factible autorizar el suministro de medicamentos que no forman parte del Manual de Medicamentos del POS, cuando se reúnan las siguientes condiciones:

“Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos

o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante” (*Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-068 de 1992. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño*).

Cuando el servicio médico requerido es un *medicamento*, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud tiene la obligación de suministrarlo, tanto en el régimen contributivo (EPS)³ como en el régimen subsidiado (ARS), asistiéndole a la respectiva entidad el derecho de repetir contra el

³ Esta postura ha sido reiterada por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-1181 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra); T-992 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-599 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-883 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño); T-494 (MP Alfredo Beltrán Sierra) y T-977 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería); T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

Estado por el monto que, según las normas legales y reglamentarias, no le corresponda asumir.

En este punto resulta procedente distinguir entonces entre aquellos medicamentos que tienen homólogo en el Manual de Medicamentos que forma parte del POS y aquellos que no lo tienen. Respecto de los primeros, como ya se dijo *ut supra*, su financiamiento con cargo al POS es factible en la medida en que el valor total del tratamiento sea inferior o igual al de los medicamentos que lo remplacen o al de aquellos que sean similares, en el entendido de que cuando el precio de compra del nuevo medicamento exceda o sea superior, la diferencia deberá ser cubierta con los recursos del FOSYGA. Para mayor claridad al respecto, es pertinente la transcripción del artículo 8° del Acuerdo 228 del 3 de mayo de 2002, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en el que se dispone lo siguiente:

Acuerdo 228, Artículo 8°.- Para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente Acuerdo, previa aprobación del Comité Técnico Científico.

Si el precio de compra de estos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del tratamiento, es menor o igual al precio de compra de los medicamentos, que lo remplazan o su similar, serán suministrados con cargo a las entidades obligadas a compensar o ARS. Si el precio de compra

excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía.

Con respecto a cubrimiento del costo de los medicamentos que no tienen homólogo en el Manual de Medicamentos que forma parte del POS, la Sala abordará el tema al estudiar los cargos formulados contra el acto acusado.

4. Examen de los cargos

4.1.- Examen del primer cargo:

El Acuerdo parcialmente demandado, proferido por el Ministro de la Protección Social, determina el valor que se debe reconocer y pagar a las EPS por concepto del suministro de medicamentos no incluidos en el POS sin homólogo en el listado de medicamentos y cuya prescripción es insustituible. Disciplina además el procedimiento de recobro de tales valores ante el Fondo de Solidaridad y Garantía.

Para poder realizar el examen de legalidad del acto administrativo antes mencionado es preciso tener presente que el mismo fue dictado por el Ministro del ramo invocando las atribuciones conferidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, en cuyos numerales 2° y 3° se dispone lo siguiente:

ARTICULO 173. De las funciones del Ministerio de Salud. Son funciones del Ministerio de Salud además de las consagradas en las disposiciones legales vigentes, especialmente en la Ley 10 de 1990, el Decreto-Ley 2164 de 1992 y la Ley 60 de 1993, las siguientes:

[...]

2. Dictar las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo, que son de obligatorio cumplimiento por todas las Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.

3. Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las Entidades Promotoras de Salud, por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.

[...]

No obstante lo anterior, para poder dictaminar si la administración actuó o no de acuerdo con las atribuciones que la ley le asigna al titular de la precitada cartera ministerial, o si por el contrario éste ejerció en forma indebida competencias que corresponden al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se impone la revisión del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, en el cual se especifican las funciones de dicho Consejo, en los siguientes términos:

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

1. Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro.
2. Definir el monto de la cotización de los afiliados del Sistema, dentro de los límites previstos en el artículo 204 de esta Ley.
3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación según lo dispuesto en el artículo 182 del presente libro.
4. Definir el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud.
5. Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud.
6. Definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60 de 1993.
7. Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente Ley.
8. Definir el régimen que deberán aplicar las entidades promotoras de salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo.
9. Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud y una

distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.

10. Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el Gobierno Nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgos catastróficos, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.

11. Reglamentar los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud.

12. Ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía.

13. Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

14. Adoptar su propio reglamento.

15. Las demás que le sean asignadas por Ley o que sean necesarias para el adecuado funcionamiento del Consejo.

Parágrafo 1. Las decisiones anteriores que tengan implicaciones fiscales y sobre la calidad del servicio público de salud requerirán el concepto favorable del Ministro de Salud.

Parágrafo 2. El valor de pagos compartidos y de la Unidad de Pago por Capitación, UPC, serán revisados por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal. En caso de que no se haya revisado la UPC al comenzar el año, ésta se ajustara en forma automática en una proporción igual al incremento porcentual del salario mínimo aprobado por el Gobierno Nacional el año inmediatamente anterior.

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

Si se inspeccionan con detenimiento los numerales y párrafos de la disposición transcrita, se puede advertir sin mayor dificultad que en ellos se encierra una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSS. Al fin y al cabo no puede perderse de vista que el FOSYGA es una *cuenta* que si bien se encuentra adscrita al Ministerio de la Protección Social, es administrada por el CNSS, quien “[...] *determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos*».(art. 218 de la Ley 100 de 1993 y art. 6° del Decreto 1283 de 1996).

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

4.2.- Examen del segundo cargo:

Para poder establecer si se presenta o no el tratamiento discriminatorio mencionado en la demanda, es necesario cotejar las Resoluciones 2948 y 2949 de 2003, proferidas por el Ministro de la Protección Social, en donde se dispone lo siguiente:

RESOLUCION NUMERO 2948 DE 2003 *“por la cual se subrogan las Resoluciones* RESOLUCION NUMERO 2949 DE 2003 *“Por la cual se establece el procedimiento de*

05061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras disposiciones para la autorización y recobro ante el Fosyga de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico".

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

a) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS con homólogo: **El valor a reconocer por concepto de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, con homólogo en dicho Acuerdo, será el resultante de restar el valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico Científico, según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto, el valor de la cantidad del medicamento homólogo listado en el Acuerdo 228 del CNSSS que en su defecto se suministraría, según el valor certificado en el listado de precios del proveedor o listado avalado por el Ministerio de la Protección Social;**

b) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo: **El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo**

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."

Artículo 2°. *Monto a reconocer y pagar por recobros originados en fallos de tutela. Para efectos de determinar los montos a reconocer y pagar por concepto de recobros por fallos de tutela, se tendrán en cuenta los siguientes criterios de liquidación según sea el caso:*

2.1 Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS. Cuando se trate del recobro de medicamentos no listados en el Acuerdo 228 del CNSSS y demás disposiciones que lo modifiquen adicionen o sustituyan y que en virtud de un fallo de tutela deban ser suministrados, el valor a reconocer y pagar se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta de este, de la siguiente forma:

a) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS con homólogo: **El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS con homólogo en dicho Acuerdo, será el resultante de restar al valor de la cantidad del medicamento, según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto, el valor de la cantidad del medicamento homólogo listado que en su defecto se suministraría, según el valor certificado en el listado de precios del proveedor o el listado avalado por el Ministerio de la Protección Social;**

b) Medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo: **El valor a reconocer y pagar por concepto**

en dicho Acuerdo, será el 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico Científico según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto.

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

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

de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en el mismo, será el 50% del valor de la cantidad del medicamento según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto. Al valor resultante de los literales a) y b) del presente numeral, se le descontará el valor de la cuota moderadora que aplique al afiliado, 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. Excepcionalmente a lo dispuesto en el presente numeral, se reconocerá y pagará el total del valor facturado por el proveedor para medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS ordenados a suministrar por fallos de tutela, siempre y cuando la EPS o EOC demuestre mediante acta fechada con anterioridad a la fecha del fallo que su Comité Técnico Científico tramitó en debida forma la solicitud del medicamento, pero que por pertinencia demostrada o por no cumplir con los criterios de autorización fue negado, para lo cual se deberá anexar el acta como soporte del recobro.

Como bien se puede apreciar, en ambos preceptos se dispone que el valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS sin homólogo en el mismo, será, como lo afirma la apoderada de la Nación-Ministerio de la Protección Social, el 50% del valor de la cantidad del medicamento autorizado por el Comité Técnico Científico, según la factura de venta del proveedor o el listado de precios avalado por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto.

En las dos disposiciones transcritas se señala que del valor resultante de la aplicación de lo dispuesto en sus literales a) y b), se descontará el valor de la cuota moderadora que aplique al afiliado y el guarismo total que surja de dicha operación, será el valor que debe pagar el FOSYGA. Por otra parte, en las dos normas confrontadas se excluye el reconocimiento de variaciones posteriores del precio del medicamento, o de ajustes por inflación o cambio de anualidad. Hasta aquí las dos disposiciones cotejadas establecen prácticamente lo mismo.

No obstante lo anterior, la resolución N° 2949 dispone que excepcionalmente “**se reconocerá y pagará el total del valor facturado**” por el proveedor para medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 del CNSSS, siempre y cuando la Empresa Promotora de Salud (EPS) o Empresa Obligada a Compensar (EOC) demuestre mediante acta fechada con anterioridad a la fecha del fallo de tutela que su Comité Técnico Científico tramitó en debida forma la solicitud del medicamento, pero que por pertinencia demostrada o por no cumplir con los criterios de autorización fue negado, para lo cual se deberá anexar el acta como soporte del recobro.

Como bien se puede observar, el tratamiento previsto en las normas comparadas en relación con el reconocimiento y pago de los

medicamentos no incluidos en el POS y sin homólogos en el mismo, ya sea en virtud de una autorización emitida por el Comité Técnico Científico o de una orden contenida en un fallo de tutela, es prácticamente idéntico, previéndose en ambos casos el pago del 50% del valor de la cantidad del medicamento suministrado. El tratamiento exceptivo contemplado en la Resolución 2949 del 3 de octubre de 2003, que no es el acto demandado, no puede ser objeto de enjuiciamiento en el presente proceso precisamente por no ser dicha Resolución la destinataria de las objeciones e impugnaciones del actor. Por lo mismo, la Sala concluye que no están dadas las condiciones para señalar que el acto administrativo dictado por el Ministro de la Protección Social haya establecido un tratamiento discriminatorio sin existir una justificación razonable.

4.3.- Examen del tercer cargo:

En opinión del actor, al limitarse en un 50% el valor de los recobros, se está incurriendo en una violación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y se está propiciando un desequilibrio financiero en los contratos celebrados entre el Estado y las entidades que forman parte del sistema de salud. Al sustentar la razón de su objeción, indica que las empresas e instituciones del sector, en virtud de los compromisos asumidos contractualmente, solamente están llamados a suministrar los medicamentos que

forman parte del Plan Obligatorio de Salud. En ese sentido, al ordenarse el suministro de medicamentos no previstos en el contrato, que no forman parte del mencionado POS ni tienen homólogo en el listado de medicamentos, es el Estado quien debe asumir el 100% de su valor, precisamente por tratarse de obligaciones adicionales cuyo costo no debe ser asumido por las EPS.

Frente a lo anterior, como se dijo *ut supra*, la apoderada del Ministerio considera que no es válido predicar la afectación del equilibrio financiero de las entidades del sector, toda vez que el valor de los medicamentos antes mencionados, es asumido proporcionalmente por la entidad que los autoriza y por el FOSYGA.

A diferencia de lo que piensa el Ministerio Público, la Sala considera que la norma demandada sí está propiciando un desequilibrio económico, al obligar a las entidades que forman parte del sistema de seguridad social en salud, a asumir el 50% del costo de los medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de 2002, proferido por el CNSSS, pues de conformidad con lo dicho en el acápite anterior, el valor de los mismos no es tenido en cuenta al momento de determinar el monto de las Unidades de Pago por Capitación –UPC-, a las cuales tienen derecho las EPS por cada afiliado o beneficiario.

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

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

Resulta entonces pertinente retomar las conclusiones de la Sentencia dictada por la Sala el 4 de septiembre de 2008 (*Exp. 11001-03-24-000-2003-00327-01, Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniégas Andrade*) al decretar la nulidad parcial del Artículo 3° de la Resolución 02312 de 1998, del Ministerio de Salud, hoy de la

Protección Social-, en donde en términos parecidos se regulaba la misma materia, y en donde se dijo lo siguiente:

Para la Sala, el acto acusado introduce un desequilibrio en el Sistema, trátase de EPS o de ARS en cuanto consiente la compensación apenas parcial del precio de un medicamento no incluido en el POS; y además, encierra una típica medida de administración de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al CNSS.

Por las razones que anteceden, el acto acusado resulta contrario a lo dispuesto en los artículos 170, 172, 173 y 218 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 6° del Decreto 1283 de 1993.

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

PRIMERO: **DECLÁRASE LA NULIDAD** del literal b) del artículo 11° de la Resolución 002948 de 3 de octubre de 2003, proferida por el Ministerio de la Protección Social, *“por la cual se subrogan las Resoluciones 05061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras*

disposiciones para la autorización y recobro ante el Fosyga de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico”, en los apartes que se subrayan a continuación, con fundamento en las consideraciones consignadas en esta providencia:

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

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

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

SEGUNDO: RECONOCESE a la doctora DERLY FABIOLA MORENO CASTAÑEDA, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 46´453.038 de Duitama y portadora de la Tarjeta Profesional número 144.602 del C. S. de la J., como apoderada de la Nación – Ministerio de la Protección Social, en los términos del poder obrante a folio 418 del expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
PIANETA**

Presidenta

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT

**MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA