



SALUD- Reglamentos / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Administración de la cuenta de alto costo / DERECHO DE LIBRE ASOCIACIÓN – Alcance. Manifestaciones positiva y negativa / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Principios / CUENTA DE ALTO COSTO – Administración conjunta por las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar

Frente a este derecho [de asociación] los demandantes manifestaron en concreto que el artículo 2 del decreto acusado impuso a las EPS y EOC la obligación del manejo colectivo del riesgo financiero de las enfermedades de alto costo, restringiendo con ello las alternativas que al efecto dispuso el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, y que los costos operativos asociados a la administración conjunta de tales recursos entre todas las EPS y EOC son más onerosos. Para la Sala ninguno de estos argumentos están acreditados si se tiene en cuenta [...] [que] el derecho a la salud comporta un carácter de servicio público, y es inherente a la finalidad social del Estado, según lo dispone el artículo 365 Constitucional en consonancia con los artículos 48 y 49 ibídem, de manera que éste debe asegurar su prestación en forma eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, bien sea que lo preste por su cuenta o a través de comunidades organizadas o por particulares; ejercer la regulación, el control y la vigilancia; en cuanto a su régimen jurídico, corresponde al señalado por la Ley 100 de 1993. La Ley 100 definió un sistema mixto de salud, en el que habilitó en la prestación de tales servicios a las entidades públicas y privadas, pero se reservó la intervención del Estado de acuerdo con reglas de la libertad de competencia y libertad económica, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Carta Política, según lo prevé el artículo 154 ibídem. En consecuencia, el derecho de asociación tiene sus límites en la prevalencia del interés general sobre el particular y por lo tanto no es ilimitado ni absoluto. [...] En ese sentido, si bien el Estado colombiano reconoce la libertad de asociación que tienen las EPS como actores del Sistema de Salud, el contenido normativo del artículo 2 del Decreto 2699 de 2007 no puede traducirse en una medida de carácter restrictivo que coarte tal derecho, toda vez que debe prevalecer el interés de la población beneficiaria del Sistema de Seguridad Social en Salud, máxime tratándose de los pacientes que padecen enfermedades de alto costo. Como lo destacó la Corte Constitucional en la citada sentencia T-797 del 20 de agosto de 2008, las normas que gobiernan el Sistema de Salud establecen unos instrumentos que le permiten: (i) una distribución más equitativa del riesgo entre las EPS para disminuir el impacto de la selección adversa, y (ii) garantizar a los usuarios el acceso al Sistema y la libertad de escogencia de EPS, lo cual incide en la corrección de los efectos de la eventual selección de riesgos [...] Por consiguiente, al determinar el artículo 2 del Decreto 2699 de 2007 que la administración de la cuenta de alto costo estaría a cargo de todas las EPS y EOC, persigue un fin constitucionalmente válido y atiende los principios que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud y, por ende, no contrarían el propósito del legislador.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Administración de la cuenta de alto costo / ASEGURAMIENTO DEL ALTO COSTO / POTESTAD REGLAMENTARIA – Sentido y alcance / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL – Para establecer la administración conjunta por las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar de la cuenta de alto costo

[L]a Sala no observa que con la expedición del decreto cuestionado el Gobierno Nacional haya excedido el ejercicio de la potestad reglamentaria, puesto que: (i) Si bien el artículo 19 de la Ley 1122 estableció tres posibles escenarios para el aseguramiento de las enfermedades de alto costo, de su texto literal no se colige que las EPS estuviesen facultadas para escoger entre alguno de ellos, máxime cuando la misma disposición lo supeditó a la reglamentación que para el efecto se expidiera. (ii) El decreto acusado desarrolló el mecanismo del aseguramiento colectivo previsto por el legislador en el citado artículo 19 de la Ley 1122 para la administración de la cuenta de alto costo como medida para evitar la selección adversa y la selección del riesgo de los usuarios por parte de las EPS, con el fin de sobreponerse a la distribución inequitativa de sus costos. (iii) Los demandantes tampoco establecieron un juicio de legalidad sobre las demás disposiciones en que se fundamentó el decreto cuestionado, estos son, los artículos 154, 159, 170, 178, 179, 180, 183, 184, 201 y 222 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 13 y 14, 25 y 32 de la Ley 1122 de 2007, que, por lo tanto, justifican de la misma manera la reglamentación.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Administración de la cuenta de alto costo / CUENTA DE ALTO COSTO – Administración conjunta por las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – No se configura respecto del Decreto 2699 de 2007

Se afirma en la demanda que las competencias asignadas a las EPS por parte del decreto enjuiciado son contrarias a las definidas por los artículos 177, 178 y el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993. Su cuestionamiento estriba en que la única función financiera de las EPS es ser delegatario del Fosyga en la captación de los aportes de los afiliados al sistema y su consignación en cuentas independientes del resto de sus bienes y rentas, mientras que las demás están enfocadas a garantizar la promoción, organización y prestación de los servicios de salud y establecer procedimientos para controlar su atención integral y eficiente. [...] [L]a Sala puede concluir que los argumentos planteados por la parte actora en este cargo no se dirigen a cuestionar que el acto esté falsamente motivado, esto es, que los hechos no sean ciertos, o que de ellos no pueda desprenderse lo dicho en el acto, sino que son manifestaciones adicionales tendientes a cuestionarlo por infringir normas superiores, esto es, los artículos 177, 178 y parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993, para lo cual la parte actora se limitó a hacer una interpretación restrictiva de tales preceptos en su conjunto y concluir con base en ello que la norma acusada no está comprendida en ese universo funcional, cargo que resulta improcedente, pues precisamente el sustento de la norma demandada no se circunscribe a tales artículos sino que corresponde a otros bien diferentes que ya fueron objeto de estudio. Conforme con lo anterior, no es cierto que el decreto acusado haya incurrido en falsa motivación por el hecho de disponer que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Administración de la cuenta de alto costo / CUENTA DE ALTO COSTO – Administración



conjunta por las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar / DESVIACIÓN DE PODER – No se configura respecto del Decreto 2699 de 2007

[E]n cuanto a la desviación de poder, que la misma parte sustentó en que el Gobierno Nacional omitió regular los mecanismos de atención de las enfermedades de alto costo, como ya se indicó lo que el Gobierno Nacional hizo a través de dicho decreto reglamentario fue establecer un mecanismo para el aseguramiento del riesgo de alto costo. Con todo, para la Sala es importante indicar que la desviación de poder se configura: “cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”. Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto”. De contera, no se demostró que el acto acusado haya tenido un fin distinto al señalado en la ley objeto de reglamentación, ni contrario a los intereses públicos que reguló, cual fue establecer un mecanismo para el aseguramiento de alto costo; por lo tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

CAUSA PETENDI – Suficiencia / CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN – Carencia de concreción y sustentación / CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN – Exigencias: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

Lo primero que la Sala advierte, es que los actores no cumplieron los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que exige el cargo de violación frente a la alegada vulneración de los artículos 13, 48, 121 y 150- 21 de la Constitución Política; 153- 4, 154 literal a), 159, 184, 222 de la Ley 100 de 1993; 14 literal k) y 25 de la Ley 1122 de 2007, tal como lo dispone el artículo 137 del C.C.A., según el cual, “cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación” (se destaca), puesto que no explicaron de manera concreta cómo se configura la infracción de orden constitucional y legal; de manera que la Sala se abstendrá de hacer un estudio de legalidad sobre los mismos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2699 DE 2007 – ARTÍCULO 2 / LEY 1122 DE 2007 – ARTÍCULO 19 / LEY 1122 DE 2007 – ARTÍCULO 25 / LEY 100 DE 1993

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2699 DE 2007 (13 de julio) GOBIERNO NACIONAL (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ



Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00359-00, 11001-03-24-000-2007-00369-00 Y 11001-03-24-000-2007-00373-00 (ACUMULADOS)

Actor: DIEGO MUÑOZ TAMAYO – HUGO ADOLFO HURTADO BEJARANO Y OTROS

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO

Referencia: NULIDAD

Tesis: No vulnera disposiciones superiores el decreto que determinó que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”

Tenía competencia el Gobierno Nacional para expedir el decreto acusado que estableció que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”

No incurrió en falsa motivación el decreto que dispuso que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”

No incurrió en desviación de poder el decreto que estableció que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA



La Sala procede a decidir en única instancia los procesos acumulados radicados bajo los números de la referencia, promovidos por los señores Diego Muñoz Tamayo, Hugo Adolfo Hurtado Bejarano y María Elena Lares Colmenares (2007-00359); Manuel José Medina Mendoza (2007-00369) y Francisco Javier Gil Gómez (2007-00373), en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, hoy MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, y la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

I. ANTECEDENTES

1.1. LAS DEMANDAS

Los actores, en ejercicio de la acción pública de Nulidad, presentaron demanda en contra de los Ministerios de Salud y Protección Social y Hacienda y Crédito Público, con la pretensión que se declare la nulidad del Decreto 2699 del 13 de julio de 2007, *“por el cual se establecen algunas normas relacionadas con el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, que en su tenor literal reza¹:

“[...]”

DECRETO 2699 DE 2007

(julio 13)

Diario Oficial No. 46.688 de 13 de julio de 2007

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Por el cual se establecen algunas normas relacionadas con el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA,

¹ El Decreto 2699 de 2007 fue modificado parcialmente por los Decretos 4956 del 27 de diciembre de 2007, 3511 del 15 de septiembre de 2009 y 1186 del 15 de abril de 2010, respectivamente; así mismo, compilado por el Decreto 780 del 6 de mayo de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.



en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de los artículos 154, 159, 170, 178, 179, 180, 183, 184, 201 y 222 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 13, 14, 19, 25 y 32 de la Ley 1122 de 2007,

DECRETA:

Artículo 1.- CUENTA DE ALTO COSTO: Las Entidades Promotoras de Salud, de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás Entidades obligadas a compensar (EOC) administrarán financieramente los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas - alto costo - y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, que en sendos casos determine el Ministerio de la Protección Social, en una cuenta denominada "cuenta de alto costo" que tendrá dos subcuentas correspondientes a los recursos anteriormente mencionados.

Artículo 2.- ADMINISTRACIÓN DE LA CUENTA DE ALTO COSTO.- La administración de la "cuenta de alto costo" se hará de manera conjunta por la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado y las demás entidades obligadas a compensar (EOC).

La "cuenta de alto costo" se podrá manejar a través de encargo fiduciario o por el mecanismo que determinen el conjunto de las Entidades Promotoras de Salud y las demás entidades obligadas a compensar en entidades autorizadas por la Superintendencia Financiera y deberá ser aprobada por el Ministerio de la Protección Social.

Las Entidades Promotoras de Salud y las demás entidades obligadas a compensar definirán los mecanismos de administración y auditoría, de lo cual darán cuenta al Ministerio de la Protección Social, dentro de los tres meses siguientes a partir de la expedición del presente decreto. Cualquier modificación en los anteriores mecanismos deberá ser tramitada en igual forma.

Artículo 3.- RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES LEGALES.- Por tratarse del manejo de recursos públicos, los representantes legales de las diferentes Entidades Promotoras de Salud y demás entidades obligadas a compensar serán responsables del debido giro a la cuenta, del adecuado manejo de los recursos, de la oportuna y debida distribución y posterior situación de recursos a las cuentas individuales de las EPS, así como de la oportunidad y calidad de la información.

Artículo 4.- MONTO DE RECURSOS Y MECANISMOS DE DISTRIBUCIÓN: El monto de recursos que corresponda aportar a cada Entidad Promotora de Salud y demás entidades obligadas a compensar, que provendrá de la porción correspondiente de la Unidad de Pago por Capitación, y el monto que le corresponderá en la distribución será el que resulte de aplicar el mecanismo que se establezca, a través de Resolución conjunta, por los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, para cada tipo de enfermedad de alto costo y de actividades de

protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con las enfermedades de alto costo que se seleccionen. Para el efecto se tendrán en cuenta, como mínimo, los siguientes factores:

- *Tasas de Prevalencia de cada una de las Enfermedades de Alto Costo y/o de Interés en Salud Pública Individual en cada Entidad Promotora de Salud y entidades obligadas a compensar.*
- *Tasas de Incidencia de cada una de las Enfermedades de Alto Costo y/o de Interés en Salud Pública Individual en cada Entidad Promotora de Salud y entidades obligadas a compensar.*
- *Costo de la atención de cada una de las Enfermedades de Alto Costo y/o de Interés en Salud Pública Individual en cada Entidad Promotora de Salud y entidades obligadas a compensar.*
- *Población en cada Entidad Promotora de Salud y entidades obligadas a compensar.*

La periodicidad, la forma y el contenido de la información que deben reportar las Entidades Promotoras de Salud y las demás entidades obligadas a compensar para soportar el giro a la "cuenta de alto costo" y la posterior distribución será igualmente definida en esta Resolución.

Artículo 5.- GIRO DE RECURSOS A LA CUENTA DE ALTO COSTO.- *Las Entidades Promotoras de Salud del régimen contributivo y demás entidades obligadas a compensar girarán el monto de los recursos que les corresponda, independientemente del periodo de la compensación, a la "cuenta de alto costo" el día hábil siguiente al que se apruebe la compensación por parte del FOSYGA . Las compensaciones que se tendrán en cuenta para efectos del presente decreto serán las que correspondan a los periodos de compensación posteriores al 1 de enero de 2008.*

Los recursos que corresponda a las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado se calcularán con base en la población contratada debidamente carnetizada y en el caso de los recursos que reconoce la Subcuenta de Solidaridad de los afiliados que hayan pasado la validación del BDUA, dichos recursos los girará directamente el Ministerio de la Protección Social, de los recursos de cofinanciación del FOSYGA y/o de los del Sistema General de Participaciones a la cuenta de alto costo con la misma periodicidad con que hace los giros a las entidades territoriales. El Ministerio de la Protección Social ejecutará sin situación de fondos lo correspondiente a las entidades territoriales por dichos componentes y lo propio hará la entidad territorial, es decir ejecutará su presupuesto sin situación de fondos por el monto destinado a la cuenta de alto costo al momento de hacer los giros a las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado.

Artículo 6.- INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD Y ENTIDADES OBLIGADAS A COMPENSAR.- *Si una Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo o una entidad obligada a compensar no efectúa el giro en la cuantía y el tiempo señalado*

en este decreto y/o no suministra en debida forma la información que para el efecto se determine, el organismo directivo que definan las EPS y EOC informará al Fosyga, a fin de que éste autorice o dé traslado de los recursos que a esta entidad le corresponden y los descuenta de la siguiente compensación de la entidad. La EPS del Régimen Contributivo o EOC incumplida no será beneficiaria de la distribución de los recursos de la "cuenta de alto costo" hasta que normalice su situación, sin que ello la exonere de continuar respondiendo por la atención de salud de las enfermedades de alto costo de sus afiliados ni de la realización de las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo.

Si la Entidad Promotora de Salud del régimen subsidiado no suministra la información en la forma y en el tiempo señalado, el organismo directivo que definan las EPS y EOC informará al Ministerio de la Protección Social para que éste gire directamente los recursos relacionados con esa Entidad Promotora de Salud, a la "cuenta de alto costo", lo cual deberá reflejar la entidad territorial y la EPS correspondientes en su ejecución presupuestal. La Entidad Promotora de Salud incumplida no será beneficiaria de la distribución de los recursos de la "cuenta de alto costo" hasta que normalice su situación, sin que ello la exonere de continuar respondiendo por la atención de salud de las enfermedades de alto costo de sus afiliados ni de la realización de las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo.

Artículo 7.- ENTREGA DE LOS RECURSOS A LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD Y ENTIDADES OBLIGADAS A COMPENSAR.- La entrega de los recursos de la "cuenta de alto costo" se hará a las diferentes Entidades Promotoras de Salud y EOC el día siguiente al que se realice la distribución de esos recursos por parte de quien determinen las Entidades Promotoras de Salud y EOC.

La entrega de los recursos a las Entidades Promotoras de Salud y EOC incumplidas, se realizará en el siguiente periodo una vez que acrediten en debida forma lo establecido en el presente decreto.

Artículo 8.- REQUERIMIENTO Y REVISIÓN DE LA INFORMACIÓN.- El Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud podrán, en cualquier tiempo, requerir información relativa al manejo de la cuenta de alto costo y efectuar las revisiones a que haya lugar. El Ministerio de la Protección Social establecerá un sistema de información para enterar a la ciudadanía sobre la incidencia, prevalencia y costos de las enfermedades ruinosas y catastróficas - alto costo - y las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo en el Sistema General de la Seguridad Social en Salud, preservando los lineamientos legales sobre el Habeas Data.

Artículo 9.- SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DE LA CUENTA DE ALTO COSTO. Los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público evaluarán semestralmente el funcionamiento de la cuenta de alto costo, para que el Gobierno Nacional tome las medidas que considere.

Artículo 10.- INICIO DE LA CUENTA DE ALTO COSTO. A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, las EPS de ambos regímenes y entidades obligadas a compensar ejecutarán todas las actividades previas inherentes a la conformación de la cuenta de alto costo, para que a partir del 1 de enero de 2008 comience su operatividad.

Artículo 11.- REVISIÓN DE INFORMACIÓN. El Ministerio de la Protección Social podrá revisar la información que reportaron las Empresas Promotoras de Salud y entidades obligadas a compensar Y que sirvió como base para el cálculo del coeficiente de alto costo por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y en caso de considerarlo necesario le dará traslado a la Superintendencia Nacional de Salud para que practique las verificaciones correspondientes y tome las medidas pertinentes.

Artículo 12.- DEDUCCIONES MARGEN DE SOLVENCIA. El mecanismo de transferencia de riesgo contemplado en el presente decreto, aplica a lo previsto en el artículo 1 del Decreto 1698 de 2007 que modifica al artículo 5 del Decreto 574 de 2007, en cuanto a los mecanismos de transferencia de riesgos aceptables para reducir el monto requerido del margen de solvencia.

Artículo 13.-VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. [...]"

1.1.1. NORMAS INVOCADAS COMO INFRINGIDAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

1.1.1.1. En el proceso nro. 2007-00359

Los demandantes afirmaron que con la expedición del Decreto 2699 de 2007 se vulneraron los artículos 38, 150-21, 333 y 334 de la Constitución Política, 19 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007², 154 y 178 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993³.

Como razones de violación expusieron las siguientes⁴:

(i) Infracción de normas superiores

Constitución Política

² Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

³ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

⁴ En el expediente nro. 2007 00359, visible a folios 89 a 115 del cuaderno único. Los cargos fueron ordenados en razón al orden jerárquico de las normas invocadas como infringidas.

Artículo 38: Consideran que el artículo 2 del decreto enjuiciado prevé la obligación que las EPS y las EOC se asocien para la administración conjunta de la denominada cuenta de alto costo, lo que excluye la posibilidad de establecer asociaciones selectivas entre algunas de ellas de acuerdo con su conveniencia y se transgrede abiertamente el ejercicio a la libre determinación.

Artículo 150-21: Afirmaron que el decreto vulnera este artículo por desconocer las libertades de asociación económica, la libre iniciativa privada, de empresa y la libre competencia, por ende representa una clara invasión de las competencias del legislador.

Artículo 333: Estimaron que el decreto demandado restringe la libertad económica en su doble dimensión, esto es, la libertad de empresa y de competencia, toda vez que limita la principal fuente de ingresos de las EPS como es la UPC y las obliga a unirse para administrar conjuntamente la cuenta de alto costo, coartando su facultad de *“actuar como agentes económicos independientes”*.

En cuanto a la libertad de empresa, aseveraron que el artículo 4 del decreto acusado dispuso que una porción de la UPC a la cual tienen derecho las EPS y las EOC está dirigida a la financiación de la cuenta de alto costo, siendo aquella la principal fuente de ingresos de estas entidades.

Sostuvieron que dicha libertad *“[s]upone que las EPS y EOC tienen el derecho constitucionalmente reconocido a afectar bienes de capital, a la prestación del servicio de salud (aseguramiento del POS; afiliación y recaudo de aportes) ‘con vista a la obtención de un beneficio o ganancia’. Cuando se afecta todo o parte de dicho beneficio o ganancia, que en el caso de las EPS y demás EOC está representada en la UPC que reciben del Fondo de Solidad y Garantía – Fosyga, se está limitando la libertad de empresa, en abierta violación de lo dispuesto en el artículo 333 de la C.P., pues no existe fundamento constitucional para ello. [...]”*

Resaltaron que si se aplican los test de razonabilidad y proporcionalidad no se puede advertir que el decreto cuestionado responda a un interés social que

justifique las limitaciones que impuso, así como tampoco es posible establecer que la medida sea adecuada con el objetivo estatal perseguido.

Respecto a la libre competencia, señalaron que el artículo 2 del Decreto 2699 de 2007 impide a las EPS y EOC administrar la cuenta de alto costo en forma directa y a través del reaseguro o individualmente, afectando el beneficio que pudieran obtener los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) de recibir un servicio de salud de mayor calidad en condiciones de una sana competencia entre los prestadores.

Artículos 334 de la Constitución Política y 154 de la Ley 100 de 1993:

Aseguraron que, acorde con la norma constitucional, la dirección general de la economía está a cargo del Estado y toda actividad económica está sujeta a la intervención por parte de éste, adicionalmente el artículo 154 de la Ley 100 de 1993 señaló cuál es el alcance de dicha intervención en el servicio público de seguridad social; sin embargo, de la lectura de tales disposiciones no se desprende que el Gobierno Nacional esté facultado para imponer a las EPS y EOC la obligación del manejo colectivo del riesgo financiero de las enfermedades de alto costo.

Además, al restringir el decreto cuestionado las alternativas que para el efecto previó el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, está interviniendo en este servicio público de salud y limitando las libertades económicas de esas entidades, lo que solo es posible hacerlo por medio de una ley.

Artículo 19 de la Ley 1122 de 2007: Sostuvieron que el artículo 19 de la citada ley fijó tres alternativas para la atención de las enfermedades de alto costo por parte de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Entidades Obligadas a Compensar (EOC), a saber: (i) de forma indirecta, contratando un reaseguro, o (ii) de forma directa, o (iii) respondiendo de manera colectiva; empero, el decreto acusado en su desarrollo se apartó radicalmente de lo allí dispuesto, toda vez que en su artículo 2 determinó como única opción la última, excluyendo las demás previstas en el texto legal.

Agregaron que los costos operativos asociados a la administración conjunta de tales recursos entre todas las EPS y EOC, son más onerosos que si se lleva a

cabo de manera individual y autónoma o por medio de un reaseguro, por lo que no es claro el alcance de esa administración dado que no se tuvo en cuenta su operación, que comprende entre otros: el encargo fiduciario, los costos de auditoría, toda la operación financiera y logística, el impuesto al Débito Bancario por el giro de los recursos de las EPS a la cuenta y viceversa.

(ii) Falsa motivación por situación jurídica inexistente

Afirmaron que las competencias asignadas a las EPS por parte del decreto enjuiciado son contrarias a las definidas por el artículo 178 y el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993, según los cuales, en materia financiera y como delegatarias del Fosyga⁵, les corresponde la captación de los aportes de sus afiliados y su consignación en cuentas independientes del resto de rentas y bienes; en cuanto a las demás, tienen como propósito garantizar la promoción, organización y prestación de los servicios de salud y el establecimiento de procedimientos para controlar su atención integral y eficiente.

Concluyeron que ni las Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, ni el Decreto 1485 del 13 de julio de 1994⁶, les atribuyó a esas entidades la función relacionada con el manejo y administración de los recursos públicos de la cuenta de alto costo, como sí lo hicieron los artículos 1 y 3 del decreto cuestionado, o que lo deban hacer en forma colectiva con todas aquellas entidades y con las EOC, por lo que estiman que se configura la causal de nulidad.

(iii) Ausencia o falta de competencia

Sostuvieron que el Gobierno Nacional no tenía la facultad para dictar normas de intervención en el servicio público de salud, puesto que, según lo prevé el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, ello solo es viable para el cumplimiento de los fines específicos allí indicados y dentro de la órbita de las competencias asignadas por la ley *ibídem*.

⁵ Hoy ADRES en virtud de lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”. Así como el Decreto 1429 de 2016, “*Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y se dictan otras disposiciones*.”

⁶ *Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud.*

Tampoco se colige que las normas que sirvieron de sustento para la expedición del decreto demandado, lo autorizaron para introducir limitaciones a la libertad de asociación, modificar las facultades de las EPS en la atención de las enfermedades de alto costo, limitar los ingresos que por la UPC tienen derecho de percibir, administrar financieramente recursos públicos destinados para el cubrimiento de dichas enfermedades, ni para modificar el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, la cual previó que de manera optativa podrían asumir de manera directa o indirecta dicha atención al no tratarse de una obligación.

(iv) Desviación de poder

Con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia, tanto de esta Corporación⁷ como de la Corte Constitucional⁸, afirmaron que el decreto acusado no tuvo como propósito desarrollar la Ley 1122 de 2007, puesto que omitió regular los mecanismos de atención de las enfermedades de alto costo; además, el artículo 4 del decreto impugnado determinó que, “[e]l monto que corresponde aportar y distribuir a cada EPS para soportar el giro a la cuenta de alto costo, provendrá de la proporción correspondiente de la UPC que resulte de aplicar un mecanismo aún desconocido, que será fijado por resolución conjunta del MPS y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tomando en consideración una serie de variables. [...]”

Indicaron que la desviación de poder se presenta “[e]n la necesidad que tenía el Gobierno Nacional de revisar, por exigencias de las cajas de compensación, los pagos que hace el FOSYGA por concepto de enfermedades de alto costo, para trasladar esta carga a las EPS y demás EOC, en lugar de regular modalidades de atención previstas en el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, que es la verdadera finalidad y objetivo de naturaleza pública que ha debido tener este Decreto. [...]”.

(v) Ausencia de desarrollo de la Ley 1122 de 2007

⁷ Como sustento los actores citaron un aparte de una sentencia del 27 de abril de 2006, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, sin precisar el número de radicación.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-456 del 2 de septiembre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Reiteraron que el decreto cuestionado no tuvo como propósito reglamentar la Ley 1122 de 2007 sino redistribuir el valor de la atención de los usuarios que padecen de enfermedades de alto costo de los afiliados al liquidado Instituto de Seguros Sociales- ISS, entre todas las EPS y EOC, como se advierte del proceso de compensación, en donde a esas instituciones se les reconoce un valor especial o UPC en función del número de pacientes con ese tipo de patologías; además, por el financiamiento y la administración de los recursos de la referida cuenta, a las EPS no se les reconoce ningún tipo de contraprestación.

(vi) Contribución confiscatoria del artículo 4 del decreto impugnado

Afirmaron que el Gobierno Nacional, con base en el *“falso argumento”* de que las EPS están efectuando selección adversa, previó el manejo conjunto de la cuenta de alto costo, no para desarrollar la Ley 1122 sino con la finalidad de trasladar la carga financiera de la administración y atención de los afiliados que tendrá la Nueva EPS y absorberá los afiliados del ISS, las cuales asumirán las cajas de compensación.

Agregó que con esta finalidad se está imponiendo un gravamen confiscatorio a cargo de las EPS y demás EOC, porque el decreto impugnado les impone la obligación de asumir con parte de sus recursos – los provenientes de la UPC que les corresponde- el costo financiero del manejo y atención de las enfermedades de alto costo cuando la Ley 100 de 1993 estableció claramente que el FOSYGA debe reconocer a cada EPS una UPC por cada usuario, especialmente en el caso de aquellos que padecen enfermedades de alto costo.

Solicitud de medida cautelar

Con la demanda solicitó la suspensión provisional de los efectos de la norma acusada, para lo cual expuso básicamente los mismos argumentos que esgrimió para sustentar la pretensión de nulidad⁹.

1.1.1.2. En el proceso nro. 2007-00369

⁹ Folios 83 a 88 del cuaderno único del expediente 2007-00359.

El actor estimó que el decreto acusado transgredió los artículos 38 de la Constitución Política, 19 de la Ley 1122 de 2007, 182 y 205 de la Ley 100 de 1993, lo que sustentó en los siguientes cargos¹⁰:

(i) Violación del artículo 38 Constitucional

Los argumentos que expuso, en esencia, coinciden con los señalados por la parte actora en el proceso nro. 2007-00359; adicionalmente, aseguró que se está obligando a las EPS y demás EOC a asociarse para manejar de manera conjunta a través de una cuenta de alto costo los dineros destinados para la prestación de los servicios de las enfermedades así denominadas, situación que no puede ser obligatoria toda vez que el derecho a no asociarse debe ser respetado por la ley.

(ii) Violación del artículo 19 de la Ley 1122 de 2007

Manifestó que el Decreto 2699 de 2007 fue expedido, entre otros, con base en las facultades otorgadas por el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007; sin embargo, el mismo establece de forma obligatoria la administración financiera de los recursos destinados para el cubrimiento de la atención de las enfermedades de alto costo a través de una cuenta denominada de alto costo, con lo cual se desconoce y modifica sustancialmente el referido artículo 19.

(iii) Violación de los artículos 182 y 205 de la Ley 100 de 1993

Sostuvo que el artículo 205 de la Ley 100 de 1993 señaló la forma como las EPS financian el cubrimiento económico de los servicios de salud de la población afiliada a través de un proceso denominado compensación previsto por el Decreto 2280 del 15 de julio de 2004¹¹; pero no existe una UPC destinada a la atención de enfermedades de alto costo, lo que quiere decir que las UPC que reciben las EPS o EOC es global y la misma se utiliza de forma individual para asegurar el cubrimiento de los servicios de salud de su población afiliada sin hacer distinción entre los afiliados que sufren enfermedades de alto costo y los que no las padecen.

¹⁰ En el expediente nro. 2007-00369, visible a folios 16 a 29 del cuaderno único.

¹¹ *Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga.*

Consideró que el decreto cuestionado estableció una forma diferente para la administración del riesgo en salud y desnaturaliza el proceso de compensación, toda vez que la cuenta de alto costo que creó impide que el porcentaje de la UPC que no sea gastado para el aseguramiento de un determinado grupo etario pueda ser utilizado por las EPS y las EOC para suplir las deficiencias que requieran ser cubiertas en otro, creando un paso adicional en el proceso de administración del riesgo, en contra de lo señalado por los artículos 182 y 205 de la Ley 100 de 1993.

Agregó que la fuente de financiación ya no sería la UPC reconocida a través de la compensación sino por un porcentaje del mismo que, “[d]espués de ser girado a la cuenta de alto costo, reingresa a la EPS o EOC vía distribución del artículo 7 del Decreto 2699 del 2007, lo cual hace cambiar todo el concepto de compensación establecido en el artículo 205 de la Ley 100 de 1993, que se realiza en una sola actuación y no en dos, como en este momento lo ordena el Decreto 2699 del 2007. [...]”

1.1.1.3. En el proceso nro. 2007-00373

El demandante alegó los siguientes cargos:

(i) Violación de normas constitucionales

Aseguró que el decreto acusado infringió el artículo 48 Constitucional puesto que la dirección del Estado en relación con la seguridad social tiene por finalidad la sujeción en la prestación del servicio a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y no puede ampararse en su competencia para dirigir, coordinar y controlar el servicio de la seguridad social y establecer normas que favorezcan al mismo Estado y desconocer la liberalización que del servicio hizo la misma Constitución.

También aludió que se infringió el artículo 189-11 Constitucional dado que no reglamentó el artículo 19 de la Ley 1122 sino que creó una cuarta posibilidad que no corresponde a una modalidad de aseguramiento, por lo que el acto acusado se constituye en un decreto materialmente legislativo al superar la ley objeto de reglamentación, y que la regla contenida en las disposiciones demandadas no

está contenida ni siquiera en forma tácita en la Ley 100 ni en la Ley 1122, por lo que no corresponde ni a su letra ni a su espíritu.

Aseveró que incurrió en transgresión del artículo 333 Constitucional, por cuanto se está frente a la prestación de un servicio público y de un sistema de liberalización donde el Estado y los particulares se encuentran en igualdad de condiciones a la hora de competir, vulnerándose dicha igualdad al no resultar sano para el Sistema de Seguridad Social crear una cuenta como la regulada en el decreto, que lo único que logra es impedir el aseguramiento de un riesgo y ocultar ineficiencias de algunas EPS.

Señaló que también infringe el artículo 365 *ejusdem*, en razón a que, si bien la ley puede establecer el régimen jurídico para la prestación de los servicios de salud, tratándose de un servicio liberalizado no le es dable dar prerrogativas a favor de algunos prestadores, “[q]ue por ejemplo sin incurrir en costos de medicina preventiva, sus ineficiencias serán asumidas por EPS que si incurrieron en dichos costos [...]”.

(ii) Falta de competencia

En este cargo se limitó a señalar que el Estado no puede fijar mecanismos que desnaturalicen la liberalización del servicio público de salud y no constituyan un mecanismo para el aseguramiento del riesgo como ocurre con el decreto cuestionado.

(iii) Infracción a la Ley 100 de 1993

Aseguró que es responsabilidad de las aseguradoras de las EPS crear todas las condiciones para que no existan eventos que eran prevenibles, ni se queden sin atención los susceptibles de control, existiendo una contradicción entre el contenido del decreto demandado y los principios que gobiernan la prestación del servicio de salud; indicó que, en relación con la Ley 100, se infringen los siguientes artículos:

El 153-4, por cuanto al crearse una cuenta conjunta entre todas las EPS se desconoce la razón de ser de la libertad de escogencia, la liberalización en la prestación del servicio y la autonomía de las EPS.

El artículo 154 literal a), que se menciona por el Gobierno en el decreto acusado como fundamento del mismo, cuando ninguno de sus literales se refiere a su contenido y por el contrario lo contradice.

El artículo 159, toda vez que el Gobierno también lo incluyó para sustentar la expedición del decreto demandado pero ninguno de sus literales tienen que ver con su contenido.

El artículo 184, dado que el decreto acusado desconoce la obligación de prevención, el costo eficiente y su racionalización, sin explicar las razones para llegar a dicha conclusión.

El artículo 222, limitándose a indicar que desnaturaliza la prevención ya que ésta no tiene razón de ser bajo un sistema de cuenta de alto costo conjunta como la que establece el decreto acusado.

(iv) Ausencia de motivos

Sostuvo que el decreto acusado no guarda relación con las normas que le sirvieron de sustento, sin exponer las razones para así considerarlo.

(v) Violación de la Ley 1122 de 2007

Estimó que el literal k) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 resulta vulnerado puesto que no tiene sentido adelantar programas de promoción y prevención, que si bien son fundamentales para la patología de IRC, sí se establece una cuenta conjunta entre todas las EPS “[d]onde los esfuerzos de prevención se desdibujan y pierden eficacia. [...]”; frente al artículo 19, reiteró las consideraciones manifestadas para sustentar la infracción del artículo 189- 11 Superior; finalmente, sostuvo que también se vulneró el artículo 25 *ibídem*, pues considera que “ninguno de los numerales se refieren al decreto demandado” ni constituye una medida que evite la selección adversa ni la del riesgo.

Solicitud de suspensión provisional

Con la demanda solicitó la suspensión provisional de los efectos de la norma acusada, para lo cual expuso básicamente los mismos argumentos que esgrimió para sustentar la nulidad¹².

II. TRÁMITE DE LOS MEDIOS DE CONTROL

A continuación se describen las actuaciones más relevantes surtidas en los procesos acumulados:

2.1. En el proceso radicado bajo el número **2007 00359 00**:

2.1.1. La demanda fue presentada el 16 de octubre de 2007¹³ y admitida por auto del 31 de enero de 2008 en contra de los Ministerios de Protección Social y Hacienda y Crédito Público; en el mismo proveído fue negada la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la norma demandada¹⁴.

La notificación a los mencionados Ministerios se surtió por aviso el 1 y 4 de abril de 2008¹⁵, respectivamente, y se fijó en lista desde el 11 de abril de la misma anualidad¹⁶.

2.1.2. Mediante escrito radicado el 14 de marzo de 2008, el señor Juan Guillermo Salgado Arias manifestó que coadyuvaba la demanda¹⁷.

Adujo que el decreto enjuiciado infringe el artículo 13 de la Carta Política puesto que, si bien a cada EPS les corresponde implementar programas de promoción y prevención para minimizar a futuro el impacto de una alta población afectada por enfermedades de alto costo, la disposición demandada busca otorgar un beneficio adicional a aquellas que no han cumplido con dicha obligación y que por ende

¹² Folios 48 a 56 del cuaderno único.

¹³ Folio 117 vuelto del cuaderno único. La demanda fue asignada por reparto al Despacho del entonces Consejero de Estado Marco Antonio Velilla Moreno, según acta individual de reparto.

¹⁴ Folios 121 a 136 del cuaderno único.

¹⁵ Los avisos se encuentran visibles a folios 190 del cuaderno único al Ministerio de Protección Social y 192 ibídem al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

¹⁶ Folios 281 al 347 del cuaderno único.

¹⁷ Folios 142 a 156 del cuaderno único.

cuentan con un elevado número de pacientes con estas patologías, debiendo ahora “*costear y subsidiar a las EPS con mala gestión y falta de inversión*” como el ISS y Caprecom (liquidada).

Adicionalmente, estimó que es violatoria de los principios de la función pública consagrados por el artículo 209 de la Carta Política, puesto que la falta de organización, imparcialidad, moralidad y eficacia ha permitido que las mencionadas entidades del Estado encargadas de la atención en salud estén asumiendo la mayor parte del “*desvío*” de éstas enfermedades, porque los afiliados con estos padecimientos fueron obligados a permanecer en la misma EPS como lo estableció el Decreto 1485 del 13 de julio 1994¹⁸ o ante la ausencia claridad o estudios de suficiencia de la UPC, ya que el valor asignado no alcanza a cubrir estos usuarios de alto costo menores de un año, de 45 a 59 años y mayores de 60 años.

Igualmente, sostuvo que el acto demandado está incurso en las causales de nulidad por violación al artículo 19 de la Ley 1122 de 2007 y falsa motivación, agregando frente a éste último, que lo que se buscaba era corregir un desequilibrio como consecuencia de lo señalado por el numeral 14 del Decreto 1485, sin explicar lo afirmado.

2.1.3. El **Ministerio de la Protección Social**, mediante oficio radicado el 17 de abril de 2018, allegó los antecedentes administrativos del decreto acusado¹⁹ y por escrito del 24 adiado, esto es, en oportunidad, contestó la demanda en donde se opuso a sus pretensiones y para el efecto expuso de manera general lo siguiente²⁰:

Luego de hacer una descripción del modelo de atención del servicio de salud definido por la Ley 100 de 1993, con fundamento en el párrafo 4 del artículo 162 *ibídem*, señaló que a las EPS les corresponde asumir toda clase de patologías o enfermedades incluidas en el POS; agregó que estas últimas fueron definidas para ambos regímenes por la Resolución 5162 de 1994 y los Acuerdos 72 de 1997 y 306 de 2005.

¹⁸ Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud.

¹⁹ Folios 198 a 269 del cuaderno único.

²⁰ Folios 281 a 331 del cuaderno único.

Explicó que el legislador consideró necesario la existencia de un reaseguro para la protección especial de ese tipo de enfermedades, pero no resultaba eficiente, dado que no era equitativo frente a las EPS que tenían la mayor proporción de población con esos padecimientos, por lo que, previamente a la expedición de la Ley 1122 de 2007, fueron dictados los Acuerdos nros. 287, 295 y 296 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud (CNSSS), que adoptaron medidas para reducir al máximo tales desequilibrios.

Sostuvo que la interpretación efectuada por la parte actora del artículo 19 de la Ley 1122 de 2007 es acomodaticia y restringe el alcance de la actividad reglamentaria, puesto que esa disposición autorizó al Gobierno Nacional para reglamentar el alto costo y no las alternativas que allí se establecieron para el manejo de los recursos.

Señaló que no es cierto, como lo afirman los actores, que las EPS puedan optar por una de las alternativas que se le proponen pues el Gobierno Nacional no lo determinó así.

Afirmó que la cuenta de alto costo genera ahorros y beneficios adicionales para cada una de las EPS y las EOC, así como para todo el SGSSS, toda vez que constituye una herramienta que permite mejorar continuamente la administración del riesgo de las enfermedades de alto costo, la eficiencia en el manejo de los recursos, la calidad, oportunidad y pertinencia de las atenciones en salud asociadas a estas enfermedades, haciendo énfasis en la prevención de estas patologías.

Respecto al cargo de intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud, luego de hacer una extensa disertación sobre la materia, aseveró que los cuestionamientos formulados en la demanda están inescindiblemente ligados al alcance del artículo 19 de la Ley 1122 y no a una concepción integral del sistema, y que de dicha norma no se desprende que el Gobierno no pudiera crear una cuenta de alto costo como alternativa a la cobertura de las enfermedades así catalogadas, o que atente contra la libertad de asociación o la libre empresa, el principio de legalidad de la intervención del Estado.

Frente a los cargos de desviación de poder y falta de motivación, expuso que el decreto acusado guarda plena coherencia entre las facultades desarrolladas y la temática abordada, por lo que la parte actora incurrió en una indebida interpretación del artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, toda vez que el Gobierno Nacional estaba habilitado para regular la responsabilidad colectiva en materia de alto costo.

En lo atinente a la falta de competencia, indicó que no es posible establecer con claridad el sentido del cargo.

2.1.4. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público allegó escrito de contestación el 24 de abril de 2008, es decir, en oportunidad, en el que solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

De manera preliminar hizo alusión a los antecedentes del decreto acusado, para lo cual señaló que el esquema de aseguramiento definido por la Ley 100 de 1993 fue estructurado con un carácter universal y bajo un modelo de libre competencia, en donde se previó un manejo de riesgo que tiene como propósito disminuir la incertidumbre financiera de los afiliados asociada con la ocurrencia de los eventos de enfermedad futuros e inciertos; por lo que el SGSSS reconoce a cada una de las administradoras de ambos regímenes *“una especie de prima”* a través de lo que se conoce como la UPC y es definido por paciente, grupo etario y región por parte del CNSSS a través del *“Listado Consenso POS”*.

Agregó que la UPC se fija para el Sistema y no en consideración a cada una de las EPS, pero que existen factores que pueden afectar el equilibrio del ingreso que reciben algunas de dichas entidades, como son los perfiles epidemiológicos de la población afiliada, y cuando eso ocurre, las autoridades competentes deben adoptar medidas y mecanismos que garanticen la equitativa distribución de los recursos que correspondan a la UPC; por lo que el decreto acusado tiene como objetivo corregir los efectos financieros de una distribución que no es homogénea entre aquellas, en razón a que las patologías más costosas que presentan los afiliados, como es el caso de la IRC, se concentran en algunas de esas instituciones.

Aseveró que se parte de la premisa, según la cual, “[/]as entidades reflejan en sí mismas el mismo riesgo del Sistema y por ello, la UPC que se calcula para que atiendan el riesgo de sus afiliados, debe ser suficientes para todas ellas [...]”; de manera que el decreto enjuiciado busca corregir la inequidad en la distribución de los recursos, puesto que, de no hacerlo, pondría en peligro la efectividad de los derechos de una población que se concentra en unas pocas EPS que no recibían los recursos necesarios para su atención, según se evidencia en documentos que así lo demuestran.

Indicó que en ese contexto se creó la cuenta de alto costo que de manera general fue regulada por el decreto cuestionado y dejó al Ministerio de la Protección Social la responsabilidad de definir las patologías que se deben manejar a través del mecanismo allí dispuesto, el cual a su vez, determinó que debía ser la renal crónica por tratarse de una enfermedad de interés en salud pública y para el efecto se expidió el Decreto 3039 del 10 de agosto de 2007²¹, concluyendo que estaba plenamente justificada y observaba principios constitucionales.

Frente a los cargos de la demanda expuso lo siguiente:

- Afirmó que con la expedición de la norma controvertida el Gobierno Nacional no excedió la potestad reglamentaria, toda vez que no eliminó las otras formas que el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007 previó para la atención de las enfermedades de alto costo, puesto que lo que estableció es que las EPS y EOC administren la precitada cuenta de alto costo en cuanto a las enfermedades que determine el Ministerio de la Protección Social, en razón a su relación con interés con la salud pública, por tratarse de una competencia propia del Ejecutivo asignada por los artículos 32 y 33 *ibídem*.

Precisó que el ejecutivo tiene la competencia para expedir la reglamentación relacionada con el aseguramiento de las enfermedades de alto costo que presentan interés en salud pública. “[E]n relación con las demás enfermedades, el Gobierno no ha expedido aún la reglamentación, y por tanto, las EPS pueden continuar efectuando el aseguramiento según las otras formas de aseguramiento previstas en el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, esto es, en forma directa, contratando un reaseguro o respondiendo en forma directa. [...]”.

²¹ Por el cual se adopta el Plan Nacional de Salud Pública.

Añadió que el artículo 25 de la norma *ejusdem* lo facultó para prever las medidas tendientes a evitar la distribución inequitativa de los costos de la atención en los distintos tipos de riesgo dentro de las cuales se incluyen las catastróficas.

- En cuanto a la infracción al derecho de asociación, señaló que el decreto acusado no determinó que las EPS de ambos regímenes deban asociarse o suscribir algún tipo de convenio o acuerdo, dado que lo que allí se estableció fue la necesidad que esas instituciones “[c]reen un organismo de administración de la cuenta de alto costo para que concurran con un aporte de sus ingresos de UPC en el monto equivalente a lo que se debería destinar para la atención de la patología de alto costo que se determine, y posteriormente, una vez se calcule la tasa de enfermedad de dichas patologías, se proceda a distribuir tales recursos entre las EPS según esas mismas tasas de la enfermedad con que cada entidad cuente. [...]”.

Aseguró que al aplicar el mecanismo previsto en el decreto acusado, el valor de la UPC para ambos regímenes se conserva intacto, pero la mayor parte de esos recursos se redistribuye entre las EPS que cuentan con las tasas más altas de este tipo de enfermedades, mientras que aquellas que tienen un número menor de asegurados por esas patologías reciben en esa misma proporción tales recursos.

- Frente a la violación de los artículos 334 Superior y 154 de la Ley 100 de 1993, además de reiterar los argumentos que expuso en precedencia, explicó que la norma enjuiciada se ajusta a la competencia del Gobierno Nacional de desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la seguridad social en salud, así como reglamentar la prestación de dichos servicios, como lo dispone la citada disposición legal.

- Respecto a la violación del numeral 21 del artículo 150 y del artículo 333 de la Carta Política, insistió en las consideraciones expuestas y que se trata de una medida razonable, proporcional y necesaria para la distribución de los recursos provenientes de la UPC para que cada EPS reciba lo que requiere para atender la población que tiene afiliada, por lo que considera que es constitucional y legal, teniendo en cuenta que tal presupuesto es limitado; en cuanto a la libre

competencia, indicó que “[/]as EPS siguen contando con la libertad para decidir el mecanismo de reaseguro de las otras enfermedades de alto costo [...]”.

- Frente a la falsa motivación y la ausencia o falta de competencia, sostuvo que las funciones atribuidas al Presidente de la República en virtud de la Ley 100 de 1993, según lo prevé el artículo 154 de la norma *ejusdem*, devienen del mandato de intervención estatal previsto por el artículo 334 de la Carta Política.

- En lo atinente a la desviación de poder, afirmó que en efecto el ISS sería la EPS que más se favorecería con el decreto, habida cuenta que es la entidad con mayor número de pacientes que padecen insuficiencia renal crónica-IRC, como lo ha documentado el Ministerio de Salud y de la Protección Social; adicionalmente, la concentración se presenta principalmente en el Régimen Contributivo, por lo que el decreto enjuiciado ha involucrado a las EPS del Régimen Subsidiado con el propósito de equilibrar las cargas financieras de la atención de ésta enfermedad en ambos regímenes; en tal sentido no considera probada la existencia de una finalidad ilegal.

- Finalmente, sobre la contribución confiscatoria que se afirma del artículo 4 del decreto cuestionado, reiteró los argumentos que expuso en los demás cargos.

2.1.5. Por auto del 15 de mayo de 2008 el magistrado conductor del proceso tuvo por presentadas en oportunidad las contestaciones de la demanda, reconoció personerías a los apoderados de los organismos demandados y reconoció como coadyuvante de la parte actora al señor Juan Guillermo Salgado Arias²².

2.1.6. Por auto del 5 de junio de 2008, se abrió a pruebas el proceso, en donde se ordenó oficiar a la Superintendencia Nacional de Salud para que informara sobre las investigaciones administrativas y/o sanciones adelantadas contra el ISS y Caprecom (liquidada), por concepto de actividades de promoción y prevención; además, se tuvieron como pruebas las documentales aportadas por las partes. La referida orden se cumplió mediante oficio nro. 8039-1-0410314 del 25 de julio de 2008²³.

2.2. En el proceso radicado bajo el número **2007 00369 00**:

²² Folios 377 y 378 del cuaderno único.

²³ Folio 385 del cuaderno único.

2.2.1. La demanda fue presentada el 31 de octubre de 2007²⁴ y admitida en contra de los Ministerio de Protección Social y Hacienda y Crédito Público por auto del 13 de junio de 2008²⁵.

2.2.2. La notificación a los mencionados organismos se surtió por aviso el 19 septiembre de 2008²⁶ al Ministerio de la Protección Social y el 24 adiado de manera personal al Ministerio de Hacienda y Crédito Público²⁷ de y se fijó en lista desde el 11 de abril de la misma anualidad²⁸.

2.2.3. El **Ministerio de la Protección Social**, mediante escrito radicado el 2 de octubre de 2008, dentro de la oportunidad legal, contestó la demanda, oponiéndose a la pretendida nulidad, para lo cual reiteró, en esencia, la defensa que expuso en el proceso bajo radicado nro. 2007-00359-00²⁹ y formuló como medio exceptivo el de inepta demanda, al considerar que los argumentos del actor son generales, imprecisos y no explican el concepto de violación frente a los artículos del decreto cuestionado, salvo el relacionado con la vulneración del artículo 19 de la Ley 1122 de 2007 por los artículos 1 y 2 demandados³⁰.

2.2.4. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda por escrito radicado el 17 de octubre de 2008, esto es, en tiempo, en donde reiteró los mismos argumentos que presentó dentro de la misma etapa procesal en el expediente con radicado nro. 2007-00359-00³¹.

2.2.5. Por auto del 24 de julio de 2009, se reconoció como coadyuvante al señor Juan Guillermo Salgado Arias, se tuvo por contestada la demanda y se ordenó la remisión del expediente al despacho del Consejero de Estado donde se tramitaba el proceso 2007-00359-00 a efectos de estudiar una posible acumulación³².

2.3. En el proceso radicado bajo el número **2007 00373 00**:

²⁴ Folio 29 vuelto del cuaderno único. La demanda fue asignada por reparto al Despacho de la entonces Consejera de Estado Martha Sofía Sanz Tobón, según acta individual de reparto.

²⁵ Folios 32 a 33 del cuaderno único.

²⁶ Folios 42 del cuaderno único.

²⁷ Folio 43 del cuaderno único.

²⁸ Folios 281 al 347 del cuaderno único.

²⁹ Folios 58 a 68 del cuaderno único.

³⁰ Folios 58 a 68 del cuaderno único.

³¹ Folios 148 a 168 del cuaderno único.

³² Folios 172 a 174 del cuaderno único.

2.3.1. El actor radicó la demanda 1 de noviembre de 2007³³ y fue admitida en contra de los precitados Ministerios por auto del 7 de febrero de 2008; en el mismo proveído fue negada la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la norma demandada³⁴.

2.3.2. La notificación se surtió por aviso el 3 junio de 2008 al Ministerio de la Protección Social³⁵ y el 12 adiado de manera personal al Ministerio de Hacienda y Crédito Público³⁶; se fijó en lista desde el 19 de junio de la misma anualidad³⁷.

2.3.3. El **Ministerio de la Protección Social**, mediante escrito radicado el 1 de julio de 2008, dentro de la oportunidad legal, contestó la demanda para lo cual reprodujo el escrito que presentó en la misma etapa procesal dentro del proceso nro. 2007-00359-00³⁸.

2.3.4. Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no hizo ningún pronunciamiento.

2.3.5. Por auto del 9 de julio de 2010 se abrió a pruebas el proceso y se ordenó oficiar a la Superintendencia Nacional de Salud para que allegara copia de las actuaciones administrativas donde constaran las sanciones impuestas a cualquier EPS por “*selección adversa, selección de riesgo o descreme de mercado*”; en caso de no existir dichas sanciones remitir la certificación en ese sentido. Igualmente, se tuvieron como pruebas las documentales aportadas por las partes³⁹.

En respuesta, dicho organismo mediante oficio nro. 2-2010-097140 del 28 de septiembre de 2010, informó que impuso las siguientes sanciones a las EPS que incurrieron en selección adversa⁴⁰:

³³ Folio 47 vuelto del cuaderno único. La demanda fue asignada por reparto al Despacho de la entonces Consejero de Estado Marco Antonio Velilla Moreno, según acta individual de reparto.

³⁴ Folios 60 a 70 del cuaderno único.

³⁵ Folios 77 del cuaderno único.

³⁶ Folio 136 del cuaderno único.

³⁷ Folio 140 del cuaderno único.

³⁸ Folios 153 a 207 del cuaderno único.

³⁹ Folios 243 y 244 del cuaderno único.

⁴⁰ Folio 247 del cuaderno único.

“[...] 1. Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. SOS EPS: Resolución número 1906 del 15 de diciembre de 2005, sanción de 500 SMLMV. (...)

2. Salud Colombia EPS S.A.: Resolución número 1910 del 5 de diciembre de 2005, sanción de 250 SMLMV. (...)

3. Solsalud EPS S.A.: Resolución Resolución número 184 del 16 de febrero de 2005, sanción de 500 SMLMV. (...)

4. Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop: Resolución número 130 del 3 de febrero de 2005, sanción de 250 SMLMV. (...)

5. Cafesalud Medicina Prepagada S.A.: Resolución número 425 del 31 de marzo de 2006, sanción de 200 SMLMV. (...)

6. Entidad Promotora de Salud Coomeva EPS S.A.: Resolución número 420 del 30 de marzo de 2005, sanción de SMLMV. (...)

7. Instituto de Seguros Sociales EPS: Resolución 028 de 2007. [...]”

2.4. Mediante autos del 18 de junio de 2009⁴¹ y del 30 de junio de 2011⁴², respectivamente, se ordenó la acumulación del proceso con los tramitados bajo los números 2007-00369-00 y 2007-00373-00.

2.5. En proveído sin fecha notificado por estado del 24 de septiembre de 2014, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y el concepto respectivamente⁴³.

2.5.1. Los actores reiteraron las consideraciones expuestas para solicitar la nulidad del decreto acusado⁴⁴, salvo el correspondiente al proceso nro. 2007-00369-00, que guardó silencio en esta etapa procesal.

2.5.2. El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público describió el traslado reiterando los argumentos que expuso en la contestación de la demanda en el proceso nro. 2007-00359-00⁴⁵.

⁴¹ Folio 390 a 392 del cuaderno único del expediente 2007-00359-00.

⁴² Folios 419 a 421 del cuaderno único.

⁴³ Folio 484 y 485 del cuaderno único.

⁴⁴ Folios 500 a 515 y 527 a 535 del cuaderno único.

⁴⁵ Folios 487 a 496 del cuaderno único.

2.5.3. El Ministerio de Salud y Protección Social por conducto de su apoderada judicial⁴⁶, insistió en que “[l]a reglamentación prevista en el Decreto 2699 de 2007, obedeció a la competencia otorgada por el legislador. [...]” y que en virtud de la facultad de intervención le corresponde al Estado establecer reglas que garanticen las prerrogativas de la libre competencia, tales como: “[...] 1) la libertad para administrar recursos y prestar servicios; 2) libertad para determinar su organización, fijar las condiciones de contratación y las ventajas comerciales; y 3) garantizar a los usuarios la libre elección de EPS e IPS. [...]”.

2.5.4. El señor Agente del Ministerio Público Delegado para la Conciliación Administrativa ante esta Corporación, rindió concepto en tiempo en el que solicitó declarar la nulidad de los siguientes apartes del decreto acusado: del artículo 1, “Las Entidades Promotoras de Salud, de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC) administrarán financieramente los recursos”; del artículo 2, “La administración de la ‘cuenta de alto costo’ se hará de manera conjunta por la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado y las demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC)”; y del artículo 4, “que provendrá de la porción correspondiente de la Unidad de Pago por Capitación”.

Para el efecto consideró que éstos constituyen una transgresión desde la perspectiva negativa del derecho de asociación previsto por el artículo 38 de la Carta Política, por cuanto obliga a las EPS y EOC a asociarse para la administración de la cuenta de alto costo sin que exista norma que así lo disponga directa o indirectamente, apoyándose en lo expuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C-978 del 1 de diciembre de 2010⁴⁷.

En cuanto a los demás cargos de violación sostuvo que no tenían vocación de prosperidad, y que el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007 estableció tres modalidades para que las EPS garanticen la atención de enfermedades de alto costo por lo que en desarrollo del mismo el Gobierno Nacional, a través de la denominada “cuenta de alto costo”, escogió un modelo que puede entenderse como de responsabilidad colectiva para garantizar la atención de enfermedades de alto costo cuya administración conjunta corresponde a la totalidad de las EPS y las EOC.

⁴⁶ Folios 516 a 526 del cuaderno único.

⁴⁷ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En ese sentido, sostuvo que debía desestimarse la violación de los artículos 121, 150 – 21, 189- 11 y 334 de la Carta Política y 19 de la Ley 1122 de 2007 invocada por los demandantes.

Aseguró, en cuanto a la infracción de los numerales 4 y 8 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, que el decreto cuestionado no vulnera el principio de libre escogencia de los usuarios, dado que éste tiene como propósito regular el mecanismo para que las EPS y las EOC respondan por la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas, también denominadas como de alto costo, sin que se pueda afirmar que sus disposiciones regulan o limitan este principio; en cuanto al de concertación, el actor no explicó de qué manera ha sido transgredido.

Sobre la infracción del artículo 154 de la Ley 100 de 1993, reiteró que la cuenta de alto costo regulada por el decreto demandado fue el mecanismo que adoptó el Gobierno Nacional para la prestación del servicio de ese tipo de enfermedades, en virtud de la facultad que le fue asignada por el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, materializando así el carácter obligatorio que tiene el SGSSS para todos los habitantes del país; adicionalmente, los pacientes que padecen esas patologías son considerados como sujetos de especial protección constitucional, como lo ha sentado la Corte Constitucional en la sentencia T-797 del 20 de agosto de 2008⁴⁸, y en tal sentido la norma enjuiciada contribuye al aseguramiento en salud.

Que tampoco se presenta la alegada violación de los artículos 159 y 178 de la Ley 100, según los cuales, se garantiza a los afiliados al Sistema la atención en salud a través del POS por parte de la respectiva EPS, dado que para las enfermedades de alto costo ello solo es posible si dichas entidades cuentan con los recursos para tal fin, por lo que los ataques que sustentan los cargos de violación de esos artículos no son procedentes.

En relación con la violación de los artículos 48 Superior y 222 de la Ley 100 de 1993, estimó que los actores no explicaron con suficiencia los cargos de violación, por lo que se abstuvo de hacer algún pronunciamiento.

⁴⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En similar sentido hizo alusión frente a la endilgada transgresión a la libertad económica del artículo 333 de la Constitución Política, advirtiendo que, teniendo en cuenta lo considerado por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-978 de 2010, los argumentos de los demandantes no guardan relación con la concurrencia entre entidades estatales y particulares en la prestación de los servicios de salud; no obstante, afirmó que la intervención del Estado en la prestación de los servicios de salud es intensa en razón de la obligación que le asiste de garantizar la prestación continua y eficiente del mismo; por lo que estimó que el decreto enjuiciado responde a dicho mandato y está acreditada la invocada violación.

Manifestó, con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación⁴⁹, que el Gobierno Nacional cumplió con la carga de motivación, toda vez que en el acto demandado se indicaron los artículos que sirvieron de sustento para su expedición previstos en la Carta Política así como en las Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007; además, que el artículo 19 de la norma *ejusdem* no delimitó las tres alternativas que esa norma estableció, como sí lo hizo el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, de manera que no se advierte la causal de nulidad de falsa motivación.

En cuanto al vicio de falta de competencia, estimó que el Ejecutivo estaba habilitado para expedir el decreto cuestionado según lo dispuesto por los artículo 189- 11 Superior y 19 de la Ley 1122 de 2011, por lo que no les asiste razón a los demandantes de invocar dicho cargo.

Finalmente, respecto a la alegada desviación de poder, reiteró que el propósito del acto acusado fue regular la modalidad que se emplearía para garantizar la atención de enfermedades de alto costo, a partir de las opciones que planteó el artículo 19 de la Ley 1122 a raíz del cual el Gobierno ejerció en extenso la potestad reglamentaria, por lo que concluyó que a las EPS les fue asignada la administración de tales recursos sin que encontrara demostrado que dicho fin corresponda al alegado por los actores.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, proveído del 12 de febrero del 2014, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicado nro. 63001-23-31-000-2000-01156-01(27776) y Sección Primera, 17 del 2008, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón, expediente nro. 11001-03-24-000-2004-00202-01.

2.6. Mediante escrito del 3 de mayo de 2016, el señor Consejero de Estado Roberto Augusto Serrato Valdés manifestó su impedimento por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil⁵⁰, aplicable por remisión normativa del artículo 160 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), por cuanto emitió concepto dentro del presente asunto en calidad de Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa⁵¹.

2.7. Por auto del 11 de noviembre de 2016, se declaró fundado el impedimento y se dispuso separarlo del conocimiento del asunto⁵².

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política, 11, 34 y 36 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia- Ley 270 del 7 de marzo de 1996, 84 del Código Contencioso Administrativo- Decreto 01 del 2 de enero de 1984 y 13 del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019⁵³, expedido por la Sala Plena de la Corporación, esta Sección es competente para conocer de la presente demanda.

3.2. El objeto de la controversia

Para la Sala, los cuestionamientos de los demandantes para atacar la legalidad del Decreto 2699 de 2007 expedido por el Gobierno Nacional están dirigidos fundamentalmente a señalar que con su expedición se limitó el riesgo del aseguramiento de las enfermedades de alto costo a una cuenta denominada

⁵⁰ “[...] ARTÍCULO 150. CAUSALES DE RECUSACION. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Entró a regir a partir del 1 de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 88 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Son causales de recusación las siguientes: // (...) 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo. [...]”

⁵¹ Folios 566 y 567 del cuaderno único.

⁵² Folios 568 y 569 del cuaderno único.

⁵³ Que compiló y actualizó el Reglamento del Consejo de Estado.

“cuenta de alto costo”, para la administración conjunta de todas las EPS y las EOC de los recursos destinados al cubrimiento de las enfermedades así catalogadas.

Conforme con lo anterior, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Es nulo, por vulnerar disposiciones superiores, el decreto acusado al establecer que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”?

(ii) ¿Tenía competencia el Gobierno Nacional para dictar normas de intervención en el servicio público de salud y establecer que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”?

(iii) ¿Es cierto que incurrió en falsa motivación el decreto acusado al establecer que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”?

(iv) ¿Es cierto que incurrió en desviación de poder el decreto acusado al disponer que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes

Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”?

Descendiendo al análisis de los cargos formulados se tiene lo siguiente:

3.2.1. En cuanto a la violación de normas superiores

Lo primero que la Sala advierte, es que los actores no cumplieron los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que exige el cargo de violación⁵⁴ frente a la alegada vulneración de los artículos 13, 48, 121 y 150- 21 de la Constitución Política; 153- 4, 154 literal a), 159, 184, 222 de la Ley 100 de 1993; 14 literal k) y 25 de la Ley 1122 de 2007, tal como lo dispone el artículo 137 del C.C.A., según el cual, “*cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación*” (se destaca), puesto que no explicaron de manera concreta cómo se configura la infracción de orden constitucional y legal; de manera que la Sala se abstendrá de hacer un estudio de legalidad sobre los mismos.

Frente a la exigencia de la carga argumentativa que debe cumplir toda demanda, esta Corporación ha dicho⁵⁵:

“[...] la formulación correcta de los cargos impone al demandante el deber de satisfacer las exigencias argumentativas, las que en este caso exigen que, cada acusación sea individualizada, y que respecto de cada precepto normativo acusado se efectúe el cotejo o comparación entre la regulación que de esta se consignó en la ley y la que al efecto contempla la disposición... que se acusa por extralimitación. Sin el cumplimiento de

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 13 de octubre de 2016, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés (E), radicación nro. 15001-23-31-000-2005-03783-01. Ver también de la misma Sección: sentencia del 31 de enero de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicado nro. 11001-03-24-000-2007-00405-00. Al respecto ha señalado la Sala que: “[L]as razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad o ilegalidad deben ser ciertas, lo que, evidentemente implica que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente «y no simplemente deducida por el actor, o implícita» [...]”, cfr., Sentencia de 28 de enero de 2010, Rad. 2003-00503-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 13 de octubre de 2016, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés (E), radicación nro. 15001-23-31-000-2005-03783-01. Ver también de la misma Sección: sentencia del 31 de enero de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicado nro. 11001-03-24-000-2007-00405-00.

estas exigencias argumentativas, los cargos carecen de la concreción necesaria para poder ser examinados.

Siendo la justicia contencioso-administrativa de carácter rogado, es necesario dar aplicación a lo ordenado en el artículo 137, numeral 4 del C.C.A., en el sentido de que no solo el demandante debe indicar las normas que estima infringidas con el acto impugnado, **sino que debe explicar el alcance y el sentido de la infracción**, o sea, el concepto de la violación.

Así sobre la suficiencia de la causa petendi, ya el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades, y en especial esta Sala ha considerado: (...)

... Es así como el requisito del numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo citado previamente, relativo al concepto de la violación exige que al formular los cargos de inconstitucionalidad o ilegalidad, el ciudadano demandante exponga con claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, las razones por las cuales estima que el precepto acusado vulnera las normas constitucionales o legales que estima violadas. De no atenderse tales exigencias, no es viable un pronunciamiento de fondo por parte de la Corporación, circunstancia que da lugar a un fallo inhibitorio. Finalmente, la acusación debe no sólo estar formulada en forma completa sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma impugnada, de tal manera que se inicie realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad o legalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corporación. Las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad o ilegalidad deben ser ciertas, lo que, evidentemente implica que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente «y no simplemente deducida por el actor, o implícita» e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda [Sentencia de 28 de enero de 2010, Rad. 2003-00503-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso]. [...]”.

(Resaltado de la providencia)

En ese sentido, el examen en cuanto al cargo de infracción de normas constitucionales y legales se circunscribirá a la endilgada transgresión de los artículos 38, 189-11, 333 y 334 de la Carta Política; 19 de la Ley 1122 de 2007; 154, 178, 182 y 205 de la Ley 100 de 1993, así:

Frente al artículo 38 de la Constitución Política, este dispone que: “(...) Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

En lo que concierne al núcleo esencial de este derecho, la Corte ha expresado que éste se proyecta para todos los tipos de personas jurídicas sin distinción de su ánimo de lucro y comprende las siguientes posibilidades⁵⁶: “[...] i) *la de intervenir en la creación de cualquier nueva institución; ii) la de vincularse a cualquiera que hubiere sido previamente creada por iniciativa de otras personas; iii) la de retirarse a libre voluntad de todas aquellas asociaciones a las que pertenezca; iv) la de no ser forzado a hacer parte de ninguna organización en concreto, especialmente como requisito previo al ejercicio de otros derechos. [...]*” (se resalta)

A partir de la anterior conceptualización, la jurisprudencia constitucional también ha señalado que el derecho de asociación puede presentar dos manifestaciones: una positiva, a la cual hacen parte los numerales i) y ii); y otra negativa, en donde se encuentran los numerales iii) y iv).

Acerca de su vulneración, el Tribunal Constitucional ha dicho⁵⁷:

“[...] constituye una violación del derecho de asociación, forzar a las personas naturales o jurídicas a vincularse a una determinada organización, o hacer de tal vinculación un elemento necesario para tener acceso a un derecho fundamental (como el trabajo por ejemplo), o condicionar los beneficios que normalmente podrían lograrse sin tener necesariamente que asociarse, a la existencia de un vínculo obligatorio de la naturaleza indicada. Es por ello que en virtud del aspecto negativo del derecho de asociación, surge a cargo del Estado la misión de evitar que al interior de la sociedad, las organizaciones que ostentan algún tipo de preeminencia, constriñan a las personas a vincularse a una organización específica, no solo porque el derecho de asociación es un claro derecho “de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad”, sino porque “la afiliación tanto como la pertenencia a una asociación, son actos voluntarios y libres, que dependen siempre y exclusivamente de la decisión de la persona”, en virtud de su derecho a determinar libremente sus propias opciones vitales. [...]” (Se resalta)

Frente a este derecho los demandantes manifestaron en concreto que el artículo 2 del decreto acusado impuso a las EPS y EOC la obligación del manejo colectivo del riesgo financiero de las enfermedades de alto costo, restringiendo con ello las alternativas que al efecto dispuso el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, y que los costos operativos asociados a la administración conjunta de tales recursos entre todas las EPS y EOC son más onerosos.

⁵⁶ Ibídem.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-978 del 1 de diciembre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Ayala.

Para la Sala ninguno de estos argumentos están acreditados si se tiene en cuenta lo siguiente:

(i) El artículo segundo del Decreto 2699 de 2007 estableció:

“[...] Artículo 2.- ADMINISTRACIÓN DE LA CUENTA DE ALTO COSTO.- La administración de la "cuenta de alto costo" se hará de manera conjunta por la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado y las demás entidades obligadas a compensar (EOC).

La "cuenta de alto costo" se podrá manejar a través de encargo fiduciario o por el mecanismo que determinen el conjunto de las Entidades Promotoras de Salud y las demás entidades obligadas a compensar en entidades autorizadas por la Superintendencia Financiera y deberá ser aprobada por el Ministerio de la Protección Social.

Las Entidades Promotoras de Salud y las demás entidades obligadas a compensar definirán los mecanismos de administración y auditoria, de lo cual darán cuenta al Ministerio de la Protección Social, dentro de los tres meses siguientes a partir de la expedición del presente decreto. Cualquier modificación en los anteriores mecanismos deberá ser tramitada en igual forma. [...]”

(ii) La Corte Constitucional⁵⁸ ha señalado que los límites que tiene el derecho de asociación pueden estar contenidos en la Carta Política, como por ejemplo, la prohibición de su uso abusivo y el respeto de los derechos ajenos, como lo prevé el artículo 95- 1 Superior; o tener su origen en la aplicación del bloque de constitucionalidad, por interpretación del artículo 93- 2 *ibídem*, o para proteger la salud o los derechos y libertades de los demás; frente a las restricciones que prevén los instrumentos internacionales, esa Corporación ha explicado⁵⁹:

“[...] Así, en el numeral 2 del artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prevé que “El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”. Este mismo contenido se encuentra reiterado en los numerales 2 y 3 del artículo 16 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. De allí es posible sostener que el derecho de

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-865 del 7 de septiembre del 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-204 de 2019, ídem.

asociación puede ser limitado por la Ley de cada país, pero las limitaciones deben ser necesarias y fundarse en el principio democrático, para responder a los requerimientos del orden público (seguridad nacional, seguridad pública, salud pública y la protección de los derechos y libertades de los demás). [...]" (se destaca)

(iii) La Sala recuerda que los artículos 48⁶⁰ y 49⁶¹ de la Carta Política señalan que el derecho a la salud se erige como un servicio público obligatorio cuya prestación debe hacerse **bajo la dirección, coordinación y control del Estado**, y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

(iv) En desarrollo de estos preceptos constitucionales los artículos 2 y 153⁶² de la Ley 100 de 1993, éste último modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 del 19 de enero de 2011⁶³, previeron que el servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia, sostenibilidad y continuidad, frente a los cuales se estima pertinente hacer una breve referencia:

El principio de universalidad implica que la protección inherente a la seguridad social se debe amparar en cualquiera de las etapas de la vida y de manera paulatina para los residentes del país, constituyendo una garantía constitucional, que le corresponde al Estado asegurar en dos vías: por un lado, (i) la cobertura progresiva que permita el acceso al Sistema a todos los habitantes del país; y por el otro, (ii) que los mismos gocen de manera efectiva el derecho a la salud.

El principio de solidaridad, se trata de uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el Estado Social de Derecho, acorde con lo dispuesto expresamente por

⁶⁰ El artículo 48 dispone: "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.(...)".

⁶¹ El artículo 49 señala: modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> 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.(...)".

⁶² Artículo 153. Principios del sistema general de seguridad social en salud.

⁶³ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

el artículo 1 de la Carta Política⁶⁴, y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶⁵, es un deber impuesto a toda persona por el solo hecho de pertenecer a la sociedad; por lo tanto, su observancia en materia de salud resulta determinante como quiera que los recursos del Estado para la atención de derechos prestacionales son limitados, dado que en ausencia de aquel, la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios⁶⁶.

En cuanto al **principio de eficiencia**, esta Sala ha explicado que “[*]a 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*”⁶⁷; de las consideraciones de la sentencia C-313 de 2014⁶⁸ de la Corte Constitucional, que estudió la exequibilidad del proyecto de ley estatutaria que reguló el derecho fundamental a la salud, Ley 1751 del 16 de febrero de 2015⁶⁹, esta Corporación ha expresado lo siguiente en lo atinente al mismo⁷⁰:

“[...] Frente a las obligaciones derivadas en virtud de este principio, esta Sala ha señalado que les corresponde a los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizar a los usuarios:

(i) el uso apropiado de los recursos dirigidos a la prestación del servicio público esencial de salud; (ii) el acceso efectivo en la atención, tratamientos, medicamentos y tecnologías en plazos razonables suprimiendo los trámites y la imposición de cargas que no les corresponde asumir; (iii) la atención y tratamientos en forma continua, oportuna, ininterrumpida, constante y permanente, (iv) que los interesados en un

⁶⁴ ARTICULO 1 de la Constitución Política señala: “(...) Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (...)”

⁶⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-503 del 16 de julio de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y sentencia C-313 del 29 de mayo de 2014, ídem.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-130 del 26 de febrero de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 29 de abril de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, expediente nro. 11001-03-24-000-2006-00375-01.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-313 del 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶⁹ El cual incorporó el principio de eficiencia en el literal k) del artículo 6 ibídem.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Oswaldo Giraldo López, sentencia del 11 de julio de 2019, radicado nro. 11001 0324 000 2011 00398 00. Así lo concluyó la Sala de la Sección Primera con fundamento en lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-313 de 2014, ídem.

determinado servicio reciban la debida orientación para su oportuna prestación, y (v) se brinden las facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y condiciones necesarios de manera que les permita a los pacientes alcanzar “el más alto nivel de salud”. [...]”

En cuanto al **principio de sostenibilidad financiera**, en la referida sentencia C-313 de 2014, el Alto Tribunal Constitucional concluyó que el artículo 366 Superior, incorporado en el Régimen Económico y la Hacienda Pública de la Carta Política, constituye un mandato al Estado para que adopte la regulación y las políticas indispensables para **el financiamiento de los servicios de salud, garantizando el flujo de recursos dirigidos a la atención oportuna y eficiente de las necesidades en salud de la población.**

Por último, en cuanto al **principio de continuidad**, la Corte Constitucional ha señalado que ésta constituye una garantía de efectividad del derecho a la salud cuyo sustento se encuentra en el artículo 2 Superior, disposición que a su vez sitúa los derechos como un fin esencial del Estado; así mismo, “[h]unde sus raíces en el principio de confianza legítima, establecido en el artículo 83 Superior, que en este particular implica “la garantía que tiene la persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez iniciado [...]”⁷¹.

Acorde con tales principios, el derecho a la salud comporta un carácter de servicio público, y es inherente a la finalidad social del Estado, según lo dispone el artículo 365 Constitucional⁷² en consonancia con los artículos 48 y 49 *ibídem*, de manera que éste debe asegurar su prestación en forma eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, bien sea que lo preste por su cuenta o a través de comunidades organizadas o por particulares; ejercer la regulación, el control y la vigilancia; en cuanto a su régimen jurídico, corresponde al señalado por la Ley 100 de 1993.

(v) La Ley 100 definió un sistema mixto de salud, en el que habilitó en la prestación de tales servicios a las entidades públicas y privadas, pero se reservó la intervención del Estado de acuerdo con reglas de la libertad de competencia y

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia T-434 del 12 de agosto de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷² “**ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...)”.

libertad económica, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Carta Política, según lo prevé el artículo 154 ibídem.

(vi) En consecuencia, el derecho de asociación tiene sus límites en la prevalencia del interés general sobre el particular y por lo tanto no es ilimitado ni absoluto.

(vii) No sobra destacar que el decreto acusado se fundamentó, entre otros, en el artículo 25 de la Ley 1122 de 2007, el cual estableció frente a la regulación en la prestación de servicios de salud lo siguiente:

“[...] ARTÍCULO 25. DE LA REGULACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD. Con el fin de regular la prestación de los servicios de salud, el Ministerio de la Protección Social definirá:

(...)

b) ... las medidas necesarias para evitar la selección adversa y selección de riesgo de los usuarios por parte de las EPS y de los entes territoriales, para evitar la distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo;[...]”

En ese sentido, si bien el Estado colombiano reconoce la libertad de asociación que tienen las EPS como actores del Sistema de Salud, el contenido normativo del artículo 2 del Decreto 2699 de 2007 no puede traducirse en una medida de carácter restrictivo que coarte tal derecho, toda vez que debe prevalecer el interés de la población beneficiaria del Sistema de Seguridad Social en Salud, máxime tratándose de los pacientes que padecen enfermedades de alto costo.

Como lo destacó la Corte Constitucional en la citada sentencia T-797 del 20 de agosto de 2008, las normas que gobiernan el Sistema de Salud establecen unos instrumentos que le permiten: (i) una distribución más equitativa del riesgo entre las EPS para disminuir el impacto de la selección adversa, y (ii) garantizar a los usuarios el acceso al Sistema y la libertad de escogencia de EPS, lo cual incide en la corrección de los efectos de la eventual selección de riesgos, de lo dicho se resalta:

“[...] De otra parte, la definición de la unidad de pago por capitación (UPC) constituyó uno de los instrumentos de regulación más poderosos para evitar la selección adversa y la selección de riesgos, como quiera que las administradoras de los regímenes contributivo y subsidiado de salud reciben por cada persona afiliada un valor definido por el Consejo Nacional

de Seguridad Social en Salud ajustado en función del perfil epidemiológico de la población afiliada, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, en un intento de homogeneizar los riesgos y lograr la simetría de la información dentro del sistema.

En el mismo sentido, los mecanismos de compensación inter e intra regímenes coadyuvan a la neutralización de la selección adversa, como quiera que dentro del régimen contributivo opera una compensación entre UPC superavitarias y deficitarias de manera que aquéllas que resultan superiores al costo efectivo del tratamiento de algunos afiliados compensan las UPC insuficientes para asumir los gastos que demandan las patologías de otros usuarios por medio de la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía (artículo 220 de la Ley 100 de 1993). De igual forma, el sistema de salud presenta un mecanismo de compensación entre los regímenes contributivo y subsidiado que opera a través de la subcuenta de solidaridad del Fosyga.

(...)

En lo que guarda relación con los pacientes que padecen enfermedades de alto costo, el Sistema de Salud contempla estrategias para evitar la selección adversa que perjudica la sostenibilidad financiera del sistema y la selección de riesgos que atenta contra los derechos de acceso y de libertad de escogencia de los usuarios. Tales estrategias comprenden (i) el ajuste de la Unidad de Pago por Capitación para pacientes con enfermedades de alto costo, (ii) la imposición en cabeza de las administradoras de la obligación de suscribir contratos de reaseguro para el cubrimiento de los riesgos derivados de la atención de enfermedades de alto costo, (iii) la restricción a la movilidad de los pacientes de alto costo, (iv) el diseño de un mecanismo de redistribución de los afiliados que padecen de enfermedades de alto costo entre las diferentes EPS para evitar su concentración y (v) la asunción de políticas de prevención de enfermedades de alto costo.

(...)

6. Protección Especial para los Pacientes con Enfermedades de Alto Costo

De acuerdo con una interpretación armónica de los principios de la Carta Política, la jurisprudencia constitucional ha establecido el deber del Estado de brindar protección especial a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, conforme a la garantía del derecho a la salud y a la protección reforzada que, en el marco de nuestro Estado Social de Derecho, merecen las personas que, por disminución de sus capacidades físicas o mentales, se encuentran en estado de debilidad manifiesta.

(...)

El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece la obligatoriedad del reaseguro con lo que se orientó la política de manejo de las enfermedades de alto costo. Conforme a esta norma se garantiza el cubrimiento integral de las prestaciones definidas en el POS y se evita la selección adversa de los riesgos costosos por parte de las EPS.

(...)

De esta forma, el Estado debe garantizar a las personas que padecen enfermedades de alto costo la realización continua de tratamientos médicos en condiciones adecuadas, para lo cual, la Ley 100 de 1993 dispone en su artículo 162 que todas las EPS deben reasegurar los riesgos derivados de la atención de enfermedades calificadas como de alto costo por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, obligación que se reitera en el artículo 38 del Decreto 1938 de 1994 y el artículo 17 del Decreto 5261 de 1994, con lo que, en principio, no es dado a las administradoras de los regímenes contributivo y subsidiado abstraerse de la obligación de prestar un tratamiento integral a los pacientes de alto costo, bajo argumentos de desequilibrio financiero, porque el sistema de salud está diseñado para soportar las cargas económicas que implica la asunción del mismo.
(Subrayado por la Sala y negrita del texto original)

Por consiguiente, al determinar el artículo 2 del Decreto 2699 de 2007 que la administración de la cuenta de alto costo estaría a cargo de todas las EPS y EOC, persigue un fin constitucionalmente válido y atiende los principios que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud y, por ende, no contrarían el propósito del legislador.

Ahora bien, **frente al artículo 189-11** que también se invoca como vulnerado, se tiene que el mismo dispone que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)11. *Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. (...)*”

Para definir el sentido y alcance de la potestad reglamentaria, esta Sección ha señalado⁷³:

“[...] La potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido material o alcance⁷⁴. El artículo 189 numeral 11° de la Constitución Política

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 7 de abril de 2014. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Expediente radicación número: 11001-03-24-000-2012-00373-00.

⁷⁴ En cita de la providencia: *Ha precisado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que si bien el sistema configurado por la Constitución Política de 1991 atribuyó la titularidad de la potestad reglamentaria al Presidente de la República, según lo refleja el numeral 11 de su artículo 189, no es menos cierto que la propia Carta también se encargó de radicar, de manera precisa, la potestad de producción de actos normativos de efectos generales y de carácter reglamentario en*

de manera expresa asigna dicha potestad reglamentaria al Presidente de la República, quien como primera autoridad administrativa del orden nacional está facultado para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

El propósito único de esta potestad, tal como lo ha precisado esta Sección⁷⁵, es posibilitar la debida ejecución de las leyes (incluyendo dentro de ellas las normas que tienen fuerza de ley), mediante la precisión y puntualización de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y de aquellos aspectos concretos que son indispensables para garantizar su cabal cumplimiento y ejecución. Al hacer uso de esa potestad el Ejecutivo tiene como finalidad hacer más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia.

La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, so pretexto de hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de reducir o extender lo que en ella se dispone.

El requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar y su extensión dependerá de la forma así como del detalle con que la Ley reguló los temas correspondientes. Es decir, que el ejercicio de esta potestad por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos: si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles. [...]"⁷⁶ (Se resalta)

En esa medida, para la Sala es claro que los Ministerios tienen una potestad reglamentaria subordinada, y por ende, pueden expedir actos que permitan la cumplida ejecución de la ley, sin alterar su contenido ni el marco de sus competencias.

otros órganos constitucionales ubicados dentro de la Rama Ejecutiva (como por ejemplo los Ministerios) y aun fuera de ella. Esta facultad de expedir actos generales, en el caso de los Ministerios, se ejerce en todo caso, frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con criterio residual y subordinado. Entre otras sentencias, en la Corte Constitucional, ver las siguientes: C-805 de 2001; C-917 de 2002; C-1005 de 2008; C-372 de 2009 y C-748 de 2011. Y del Consejo de Estado, entre otras, las Sentencias de la Sección Tercera de 14 de agosto de 2008, proferida en el expediente con radicado núm. 11001-03-26-000-1999-00012-01(16230), C.P. Mauricio Fajardo Gómez y 7 de octubre de 2009, proferida en el expediente núm. 11001-03-26-000-2000-08448-01(18448), C.P. Enrique Gil Botero.

⁷⁵ En cita: Consejo de Sección Primera, Sentencia de 2 de septiembre de 2010, proferida en el proceso con radicado núm. 11001-03-24-000-2007-00265-00, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección, Sentencia de agosto 21 de 2008, proferida en el expediente con radicado núm. 0295-04, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Con el propósito de determinar si el Gobierno Nacional infringió el citado artículo 189-11, se tiene que el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007 dispuso:

*“[...] Artículo 19: **Aseguramiento del Alto Costo.** Para la atención de enfermedades de alto costo las entidades promotoras de salud contratarán el reaseguro o responderán, directa o colectivamente por dicho riesgo, de conformidad con la reglamentación que sobre la materia expida el Gobierno Nacional. [...]”*

A su turno, el Decreto 2699 de 2007 acusado, corresponde a la reglamentación que para el efecto fue expedida, en donde reguló lo siguiente:

El artículo 1, dispuso que las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás Entidades obligadas a compensar (EOC) administrarán financieramente los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas - alto costo - y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, que en sendos casos determine el Ministerio de la Protección Social, en una cuenta denominada "cuenta de alto costo".

El artículo 2, que la administración de la cuenta de alto costo debe hacerse de manera conjunta por la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado y las demás entidades obligadas a compensar (EOC), y que dicha cuenta se puede manejar a través de encargo fiduciario o por el mecanismo que determinen dichas entidades, pero en todo caso deberá ser aprobada por el Ministerio de la Protección Social.

El artículo 3, previó que, por tratarse del manejo de recursos públicos, los representantes legales de las diferentes Entidades Promotoras de Salud y demás entidades obligadas a compensar serán responsables del debido giro a la cuenta, del adecuado manejo de los recursos, de la oportuna y debida distribución y posterior situación de recursos a las cuentas individuales de las EPS, así como de la oportunidad y calidad de la información.

El artículo 4 señaló que el monto de recursos que corresponda aportar a cada Entidad Promotora de Salud y demás entidades obligadas a compensar, provendrá de la porción correspondiente de la Unidad de Pago por Capitación, y el

monto en la distribución será el que resulte de aplicar el mecanismo que se establezca, a través de resolución conjunta, por los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, para cada tipo de enfermedad de alto costo y de actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con las enfermedades de esa naturaleza que se seleccionen, señalando para ello unos factores.

Frente a los demás artículos se tiene que el artículo 5 *ejusdem* dispuso cómo se haría el giro de los recursos a la cuenta de alto costo; el artículo 6 las sanciones por incumplimiento por parte de las entidades promotoras de salud y las entidades obligadas a compensar; el artículo 7 cómo se haría la entrega de los recursos a las entidades promotoras de salud obligadas a compensar; el artículo 8 que el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud podían en cualquier tiempo requerir información relativa al manejo de la cuenta de alto costo y efectuar las revisiones a que hubiese lugar; el artículo 9 cómo se haría el seguimiento y evaluación de la cuenta de alto costo; el artículo 10 cuándo iniciaría el manejo de la cuenta de alto costo, el artículo 11 previó la posibilidad de revisión de la información allí contenida y el artículo 12 cómo se harían las deducciones del margen de solvencia.

Conforme con lo anterior, la Sala no observa que con la expedición del decreto cuestionado el Gobierno Nacional haya excedido el ejercicio de la potestad reglamentaria, puesto que:

(i) Si bien el artículo 19 de la Ley 1122 estableció tres posibles escenarios para el aseguramiento de las enfermedades de alto costo, de su texto literal no se colige que las EPS estuviesen facultadas para escoger entre alguno de ellos, máxime cuando la misma disposición lo supeditó a la reglamentación que para el efecto se expidiera.

(ii) El decreto acusado desarrolló el mecanismo del aseguramiento colectivo previsto por el legislador en el citado artículo 19 de la Ley 1122 para la administración de la cuenta de alto costo como medida para evitar la selección adversa y la selección del riesgo de los usuarios por parte de las EPS, con el fin de sobreponerse a la distribución inequitativa de sus costos.

(iii) Los demandantes tampoco establecieron un juicio de legalidad sobre las demás disposiciones en que se fundamentó el decreto cuestionado, estos son, los artículos 154, 159, 170, 178, 179, 180, 183, 184, 201 y 222 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 13 y 14, 25 y 32 de la Ley 1122 de 2007, que, por lo tanto, justifican de la misma manera la reglamentación.

En relación con los artículos 333 y 334 que, en su orden, disponen, el primero, que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y el 334, que prevé que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, se tiene que la parte actora sustentó tal transgresión en que el Gobierno Nacional no podía imponer a las EPS y EOC el manejo colectivo del riesgo financiero de las enfermedades de alto costo, considerando que ello limita sus libertades económicas, así como sus ingresos, por afectar en todo o parte el beneficio o ganancia que les representa la UPC, y para el efecto atacó el contenido de los artículos 2 y 4 del decreto cuestionado.

Al respecto, la Sala recuerda que los recursos del SGSSS son de naturaleza parafiscal que no le pertenecen a las EPS y EOC, puesto que ellas actúan, para esos efectos, como recaudadoras de los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados al Régimen y el valor que reciben por concepto de UPC representa el pago de los servicios administrativos en los que incurren así como los correspondientes a la prestación de los contenidos del POS por cada afiliado.

La jurisprudencia Constitucional se ha ocupado de estudiar la naturaleza y el destino de los recursos del SGSSS, de donde es posible concluir lo siguiente:

(i) La finalidad de la UPC, junto con los demás recursos que reciben las EPS, es financiar el cumplimiento de sus funciones en el marco del Sistema y en un contexto de equilibrio; (ii) los recursos que las EPS recaudan por concepto de cotizaciones, copagos, bonificaciones y similares son parafiscales por ministerio del artículo 48 Superior, y por tanto, se caracterizan por su naturaleza pública y tener una destinación específica, y es la financiación del mismo Sistema, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad; y (iii) el Sistema les reconoce a las EPS una UPC por cada afiliado y representa el pago de los servicios administrativos en los que incurren dichas entidades así como el

costo correspondiente a la prestación de los contenidos del POS, de manera que no puede catalogarse como una renta propia de las EPS.

(ii) Como lo ha señalado la Sala⁷⁷, las reglas de la libertad económica y de competencia no son absolutas, puesto que se encuentran limitadas en razón al carácter fundamental del derecho a la salud, así como en las competencias del Estado en la vigilancia y control de ese servicio público; por lo que la libre competencia en esta materia, sólo puede darse dentro del ámbito fijado por el legislador para el efecto, de manera que la facultad de intervención es mucho más intensa cuando concurren los particulares en la prestación del servicio y se orienta en la preservación de la confianza pública⁷⁸.

Por lo tanto, no se advierte que la medida objeto de censura obedezca a una decisión que no esté soportada legalmente o se trate de una limitación que no esté constitucionalmente fundamentada y, por el contrario, responde a la necesidad de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud a los pacientes con enfermedades de alto costo, conforme a los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así las cosas, teniendo en cuenta que, por una parte, al Estado le corresponde garantizar por todos los medios necesarios el acceso a los servicios de salud para quienes padecen enfermedades catalogadas como de alto costo, y por otra, se trata de pacientes sujetos de especial protección constitucional, la Sala considera que la medida allí establecida no restringe la libertad de empresa.

En este punto, se destaca que esta Sala, mediante sentencia del 30 de julio de 2015, al estudiar una demanda de Nulidad en contra el parágrafo del artículo 2º del Decreto 3511 de 14 de septiembre de 2009, que modificó parcialmente el Decreto 2699 de 2007, afirmó⁷⁹:

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 9 de mayo de 2019. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 11001 0324 000 2012 00184 00.

⁷⁸ Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte Constitucional señaló en dicha sentencia, que la concurrencia en la prestación de los servicios de salud “[s]ólo puede llevarse a cabo bajo la premisa de la garantía de la calidad del servicio y de su efectiva prestación, y que para esta intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud, es intensa, se funda en el modelo del Estado Social de Derecho y se orienta a la preservación de la confianza pública. [...]”.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de julio de 2015, C.P. María Elizabeth García González (e), radicado nro. 11001-03-24-000-2010-00245-00.

“[...] No hay duda de que las enfermedades de alto costo son las que pueden generar un desequilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud y fue por ello que se hizo necesario crear la Cuenta de Alto Costo para que en ejercicio del principio de solidaridad que rige el Sistema, fuera posible amparar las necesidades requeridas por los usuarios del servicio por enfermedades catastróficas, sin que se genere una afectación particular a una u otra EPS y sin afectar la sostenibilidad financiera del Sistema. [...]”

Por último, frente a los artículos **154, 178, 182 y 205 de la Ley 100 de 1993**, se tiene que los mismos disponen en su orden:

*“[...] **ARTÍCULO 154. INTERVENCIÓN DEL ESTADO.** El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 <366, 367, 368, 369> de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:*

a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley.

b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;

c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;

d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;

e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;

f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;

g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes;

h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

PARÁGRAFO. Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al gobierno nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo. [...]”

“[...] ARTÍCULO 178. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:

1. Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la Seguridad Social.
3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.
4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.
5. Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.
6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
7. Las demás que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. [...]”

“[...] ARTÍCULO 182. DE LOS INGRESOS DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

PARÁGRAFO 1o. Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad. [...]”

“[...] 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 siguiente 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 el mismo día a las Entidades Promotoras de Salud que así lo reporten.

PARÁGRAFO 1o. El Fondo de Solidaridad y Garantía está autorizado para suscribir créditos puente con el sistema bancario en caso que se presenten problemas de liquidez al momento de hacer la compensación interna.

PARÁGRAFO 2o. El Fondo de Solidaridad y Garantía sólo hará el B para compensar el valor de la Unidad de Pago por Capitación de aquellos afiliados que hayan pagado íntegra y oportunamente la cotización mensual correspondiente. La Superintendencia Nacional de salud velará por el cumplimiento de esta disposición. [...]”

Lo señalado por la parte actora frente a tales disposiciones es que no se desprendía de la mismas que el Gobierno Nacional estuviese facultado para imponer a las EPS y EOC la obligación del manejo colectivo del riesgo financiero de las enfermedades de alto costo y que, al restringir las alternativas que para el efecto fijó el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, intervino en este servicio público de salud y limitó las libertades económicas de esas entidades; argumento que también se analizó en precedencia, por lo que, en síntesis, se itera que el decreto reglamentario lo que hizo fue desarrollar el mecanismo del aseguramiento colectivo previsto por el legislador para la administración de la cuenta de alto costo sin que con ello haya restringido las alternativas señaladas por el citado artículo 19

Ahora bien, en relación con la alegada transgresión de los artículos 182 y 205, que la parte actora sustentó en que el decreto cuestionado estableció una forma diferente para la administración del riesgo en salud y desnaturalizó el proceso de compensación, puesto que la fuente de financiación ya no sería la UPC reconocida a través de la compensación sino por un porcentaje del mismo, La Sala no observa de qué manera, por el hecho que el artículo 4 del Decreto 2699 de 2007 haya establecido que el monto de los recursos que corresponda aportar a cada Entidad Promotora de Salud y demás entidades obligadas a compensar provenga de la porción correspondiente de la Unidad de Pago por Capitación, transgreda tales artículos; es decir, afecten los ingresos de las entidades

promotoras de salud o la administración del régimen contributivo, carga que en todo caso debía cumplir la parte actora, para lo cual se le pone de relieve el contenido del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Lo señalado máxime cuando el citado artículo 4 del decreto acusado, como ya se ha dicho tantas veces, estableció la manera como se debe aplicar el mecanismo para determinar el monto que cada ente debe aportar de la porción de la UPC, así como el monto que les corresponderá en la distribución, el cual deben fijar de manera conjunta los Ministerios de Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, con observancia de los factores allí previstos.

Por último, no se probó por qué razón los costos operativos asociados a la administración conjunta de tales recursos entre todas las EPS y EOC sean más onerosos, como lo afirma la parte actora, que si se lleva a cabo de manera individual y autónoma o por medio de un reaseguro.

Por las razones explicadas el cargo de violación de normas superiores no tiene vocación de prosperidad.

3.2.2. En cuanto a la falsa motivación

Este defecto se ha entendido de la siguiente manera⁸⁰:

“[...] 3.4.2.2. La validez del acto administrativo también depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra.

Se trata de un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 24 de agosto de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. número: 11001 0324 000 2008 00388 00, acumulado 11001 0324 000 2008 00173 000.

El vicio de falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad o de coherencia entre el hecho y el supuesto de derecho; es decir, o no es cierto lo que se afirma en las razones de hecho, o no hay correspondencia entre tales razones y los supuestos de derecho que se aducen para proferir el acto.

Ahora bien, debe precisarse que una cosa es la falsa motivación y otra la falta de motivación: la primera, es un evento sustancial, que atañe a la realidad fáctica y jurídica del acto administrativo, y la segunda, es un aspecto procedimental, formal, ya que ésta es la omisión en hacer expresos o manifiestos en el acto administrativo los motivos del mismo. La falsa motivación plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación de dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad; también plantea un juicio lógico de correspondencia entre la realidad constatada y la consecuencia jurídica que se pretende desprender de ella, cuando la primera resulta demostrada. De otro lado, la falta de motivación le significa un problema de valoración directa del cuerpo o contenido del acto sobre si se expresan o indican razones para su expedición, y si lo dicho es suficiente como para tenerse como motivación.

3.4.2.3. La Sala, a partir de lo examinado en el cargo anterior, encuentra también acreditada la falsa motivación de los actos acusados, como quiera que los motivos aducidos en ellos no corresponden a aquellos que jurídicamente son necesarios para la decisión adoptada.[...]"

Se afirma en la demanda que las competencias asignadas a las EPS por parte del decreto enjuiciado son contrarias a las definidas por los artículos 177, 178 y el párrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993.

Su cuestionamiento estriba en que la única función financiera de las EPS es ser delegatario del Fosyga en la captación de los aportes de los afiliados al sistema y su consignación en cuentas independientes del resto de sus bienes y rentas, mientras que las demás están enfocadas a garantizar la promoción, organización y prestación de los servicios de salud y establecer procedimientos para controlar su atención integral y eficiente.

Los artículos invocados como infringidos disponen: el 177, "(...) Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el 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 Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley. [...]” (resaltado por la parte demandante)

A su turno el artículo 178 establece cuáles son las funciones de las entidades promotoras de salud, el cual ya se transcribió en precedencia, y finalmente el párrafo del artículo 182 dispone:“(…) *PARÁGRAFO 1o. Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad. (...)*”

Acorde con lo señalado, la Sala puede concluir que los argumentos planteados por la parte actora en este cargo no se dirigen a cuestionar que el acto esté falsamente motivado, esto es, que los hechos no sean ciertos, o que de ellos no pueda desprenderse lo dicho en el acto, sino que son manifestaciones adicionales tendientes a cuestionarlo por infringir normas superiores, esto es, los artículos 177, 178 y párrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993, para lo cual la parte actora se limitó a hacer una interpretación restrictiva de tales preceptos en su conjunto y concluir con base en ello que la norma acusada no está comprendida en ese universo funcional, cargo que resulta improcedente, pues precisamente el sustento de la norma demandada no se circunscribe a tales artículos sino que corresponde a otros bien diferentes que ya fueron objeto de estudio.

Conforme con lo anterior, no es cierto que el decreto acusado haya incurrido en falsa motivación por el hecho de disponer que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”.

3.2.3. Frente al cargo de falta de competencia:

La parte actora sustenta el cargo en que ni las Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, ni el Decreto 1485 del 13 de julio de 1994⁸¹, les atribuyó a las EPS y a las EOC la función relacionada con el manejo y administración de los recursos públicos de la cuenta de alto costo y menos que lo debieran hacer en forma colectiva, como sí lo hicieron los artículos 1 y 3 del decreto cuestionado. A este respecto la Sala observa lo dicho en precedencia, donde se concluyó que el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria, podía desarrollar a través de un mecanismo colectivo el riesgo inherente a las enfermedades de alto costo, conforme con lo previsto en los artículos 19 y 25-b de la Ley 1122 de 2007.

En consecuencia, el Gobierno Nacional tenía competencia para expedir el decreto acusado, que estableció que la totalidad de las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás entidades obligadas a compensar administren de manera conjunta los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, a través de una cuenta denominada “cuenta de alto costo”.

3.2.4. Por último, en cuanto a la desviación de poder, que la misma parte sustentó en que el Gobierno Nacional omitió regular los mecanismos de atención de las enfermedades de alto costo, como ya se indicó lo que el Gobierno Nacional hizo a través de dicho decreto reglamentario fue establecer un mecanismo para el aseguramiento del riesgo de alto costo.

Con todo, para la Sala es importante indicar que la desviación de poder se configura: “cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”⁸². Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la

⁸¹ *Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud.*

⁸² Ver Sentencia C-456 de 1998.

autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto”⁸³.

De contera, no se demostró que el acto acusado haya tenido un fin distinto al señalado en la ley objeto de reglamentación, ni contrario a los intereses públicos que reguló, cual fue establecer un mecanismo para el aseguramiento de alto costo; por lo tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

En conclusión, partiendo de la presunción que cobija los actos de la administración⁸⁴ y dado que no se logró desvirtuar la legalidad del Decreto 2699 del 13 de julio de 2007, se denegarán las pretensiones de la demanda.

Por último, atendiendo lo dispuesto por el artículo 76 de la Ley 1564 de 2012, se tendrá por terminado el mandato conferido a la abogada Paula Marcela Cardona Ruiz por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se reconocerá personería adjetiva al abogado Edgar Mauricio Solano Zea, identificado con cédula de ciudadanía nro. 83.229.381 y tarjeta profesional 147.407 del Consejo Superior de la Judicatura, quien presentó poder el 7 de octubre de 2014⁸⁵ debidamente conferido como apoderado judicial del citado Ministerio.

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

⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 3 de diciembre de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 11001-03-24-000-2013-00328-00.

⁸⁴ Conforme lo ha expuesto esta Corporación, “(...) si con sujeción al principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad. (...) Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad. (...)”. Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de mayo de 2015. Expediente Radicación número: 76001-23-31-000-2001-00145-01(35625). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸⁵ Folios 497 a 499 del cuaderno 2007 00359 00.



Radicación: 11001-03-24-000-2007-00359-00,
11001-03-24-000-2007-00369-00 y
11001-03-24-000-2007-00373-00 (acumulados)
Demandantes: Diego Muñoz Tamayo y otros

FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Téngase por terminado el mandato conferido a la abogada Paula Marcela Cardona Ruiz por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se reconoce personería adjetiva al abogado Edgar Mauricio Solano Zea, identificado con cédula de ciudadanía nro. 83.229.381 y tarjeta profesional 147.407 del Consejo Superior de la Judicatura acorde con el poder conferido.

En firme esta decisión, archívese el expediente.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado