



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de 2020

Referencia: Acción de nulidad

Número único de radicación: 11001032400020090063300

Demandante: María Cristina Romero Gaitán

Demandadas: Nación – Ministerio de Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social)¹

Tema: Se resuelve sobre la demanda presentada contra la Nación - Ministerio de Protección Social respecto de la legalidad del Decreto núm. 3260 de 28 de agosto de 2007

SENTENCIA EN ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide, en única instancia, la demanda presentada por María Cristina Romero Gaitán contra la Nación - Ministerio de Protección Social.

La presente sentencia tiene las siguientes tres partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala; y iii) Resuelve; las cuales se desarrollarán a continuación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

1. María Cristina Romero Gaitán, en adelante la parte demandante², presentó demanda³ contra la Nación - Ministerio de Protección Social, en adelante la parte

¹ De conformidad con los artículos 6 y 9 de la Ley 1444 de 4 de mayo de 2011 “[...] Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones. [...]” se escindió el Ministerio de la Protección Social y se creó el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual asumió las funciones que estaban asignadas al Despacho del Viceministro de Salud y Bienestar.

² Actuando en nombre propio.

³ Folios 10 a 4 del expediente.



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

demandada, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Decreto 01 de 2 de enero de 1984⁴, en adelante, Código Contencioso Administrativo, para que se declare la nulidad del Decreto núm. 3260 de 28 de agosto de 2007, “[...] *Por el cual se establece un procedimiento para la presentación de una declaración de giro y compensación excepcional [...]*”, expedido por el Ministro de la Protección Social.

La pretensión

2. La parte demandante formuló la siguiente pretensión⁵:

“[...]”

VI. DECLARACIONES

Solicito al Honorable Consejo de Estado declarar la nulidad del Decreto 3260 de 2007. Por el cual se establece un procedimiento para la presentación de una declaración de giro y compensación excepcional [...]”.

Presupuestos fácticos

3. La parte demandante indicó, en síntesis, los siguientes hechos para fundamentar su pretensión:

3.1. “[...] *Con respecto al proceso de compensación que deben llevar a cabo las EPS para recibir los dineros por concepto de UPC (Unidad de Pago por Captación) éste se cumple una vez las EPS han cumplido con una serie de requisitos, relativos a validaciones de sus bases de datos, etc. [...]*”.

3.2. La parte demandada expidió el Decreto núm. 3260 de 2007 “[...] *con el fin de declarar una especie de amnistía para las EPS, por lo que tales entidades recibieron cerca de \$469.000.000.000.00, sin necesidad de cumplir con el requisito de identificación plena de sus afiliados, cuentas con corte al 31 de diciembre de 2006 [...]*”.

⁴ “[...] *Por el cual se Reforma el Código Contencioso Administrativo [...]*”.

⁵ Folios 112 y 113



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

Normas violadas

4. La parte demandante indicó como normas violadas, las siguientes⁶:

- Artículos 48, 49 y 209 de la Constitución Política.

Concepto de violación

5. La parte demandante formuló el siguiente cargo y explicó el concepto de su violación así:

Nulidad por violación al principio de la moralidad administrativa

6. La parte demandante fundamentó este cargo de nulidad, con base en los siguientes argumentos:

6.1. “[...] Mediante tales disposiciones las EPS quedaron eximidas de cumplir con la obligación de identificar a sus afiliados por los cuales hasta ese momento no habían podido cobrar al FOSYGA la UPC, pues precisamente las normas en cuestión flexibilizan los requisitos para obtener estos recursos, hasta un punto que afecta la moralidad administrativa [...]”.

Contestación de la demanda por la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social

7. La parte demandada contestó la demanda y se opuso a la pretensión formulada, así⁷:

7.1. Expone que las entidades promotoras de salud, EPS, recaudan las cotizaciones obligatorias de los afiliados y de lo recaudado deben descontar el

⁶ Las normas que la parte demandante considera infringidas se enlistan en el acápite III “[...] LAS NORMAS SUPERIORES VIOLADAS [...]” (folio 11).

⁷ Cfr. folios 38 a 43 del cuaderno principal del expediente.



valor de las Unidades de Pago por Capitación UPC, con el fin de garantizar el Plan Obligatorio de Salud POS.

7.2. En el caso que la suma de las Unidades de Pago por Capitación sea mayor que los ingresos por cotización, “[...] *el FOSYGA deberá cancelar la diferencia el mismo día a la entidad promotora de salud que así lo reporte [...]*”.

7.3. Cuando las EPS y EOC identifican recursos a su favor pueden solicitar el reconocimiento y giro de los recursos que les corresponde por concepto de UPC, provisión de incapacidades, promoción y prevención.

7.4. El Decreto núm. 3260 de 2007 tiene como objeto, a través de un proceso excepcional de compensación, facilitar el flujo de recursos de las EPS o de las EOC que no se ha logrado pagar mediante el proceso de compensación correspondiente.

7.5. “[...] *[E]l Decreto 3260 de 2007, en ninguna forma señaló que el FOSYGA podía dejar de aplicar las normas vigentes [...]*”. El proceso excepcional de compensación “[...] *tuvo lugar en virtud de la imposibilidad que en un momento dado se presentó para efectuar la compensación establecida en el Decreto 2280 de 2004, frente a recursos que por concepto de registros glosados y saldos no compensados que reposaban en el FOSYGA, situación esta que generaría una gravísima crisis en el régimen contributivo y por supuesto en el SGSSS, dada la falta de fluidez de recursos, por lo cual se tomó de imperiosa necesidad establecer unos mecanismos para dar viabilidad a los mismos, sin llegar a desconocer o vulnerar la normatividad vigente al respecto, por cuanto la base para optar era efectivamente recursos que provenían de las cotizaciones recaudadas por las mismas EPS [...]*”.

7.6. Frente al cargo de violación al principio de la moralidad administrativa, no existió vulneración alguna, por cuanto “[...] *significaría que el decreto que habilitó la compensación excepcionalmente hubiere sido expedido sin competencia o facultad jurídica para ello, lo que no ocurrió, que hubiere tenido por fin desviar los recursos del Sistema de Seguridad Social a cosa diferente que al servicio público al que se refiere, lo que jamás ocurrió, como se precisa más adelante, o que se hubieren entregado estos recursos a entidades diferentes de las EPS-EOC [...]*”.



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

Alegatos de conclusión

8. El Despacho sustanciador⁸, vencido el término probatorio, mediante el auto proferido el 18 de agosto de 2017⁹, resolvió correr traslado común a las partes por el término de diez (10) días para que alegaran de conclusión y le informó al Agente del Ministerio Público que, antes del vencimiento del término para alegar de conclusión, podía solicitar el traslado especial previsto en el mencionado artículo, el cual se surtió en los siguientes términos:

8.1. **La parte demandante** guardó silencio en este momento procesal.

8.2. **La parte demandada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Concepto del Ministerio Público

9. El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa rindió concepto solicitando no acceder a la pretensión de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

9.1. El cargo de expedición regular no tiene vocación de prosperar, como quiera que: i) el Decreto núm. 3260 de 2007 no presenta irregularidades que afecten su expedición; y ii) se fundamentó en mandatos constitucionales y legales.

9.2. El proceso de compensación excepcional se justifica en la posibilidad que las EPS se acojan a este proceso, cuando los recursos por concepto de registros glosados y saldos no compensados que se encontraban en el FOSYGA pueden ser devueltos.

9.3. La parte demandante no demostró que, con la expedición del decreto acusado, las EPS quedaran eximidas de cumplir con la obligación legal de

⁸ El auto fue proferido por el Consejero de Estado (E), doctor Carlos Enrique Moreno Rubio.

⁹ Cfr. folio 109 cuaderno principal.



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

identificar a sus afiliados y, por lo tanto, que se flexibilizaran los requisitos para el cobro por concepto de las Unidades de Pago por Capitalización UPC

Impugnador

10. Juan Diego Buitrago Galindo¹⁰, encontrándose el proceso en la etapa de traslado a las partes para alegar de conclusión, presentó escrito solicitando no acceder a la pretensión de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

10.1. El Decreto núm. 3260 de 2007 no exoneró a las EPS de la obligación de identificar a los afiliados para que les fuera reconocida la UPC.

10.2. No se cumplen los presupuestos para poder considerar vulnerado el principio de moralidad administrativa, por cuanto el decreto no vulnera el principio de legalidad ni tampoco lesiona el interés general.

11. Respecto a la anterior intervención, al haberse presentado esta dentro de la oportunidad procesal que establece el artículo 146¹¹ del Decreto 01 de 1984, se tendrán en cuenta los argumentos expuestos, siempre que estos no sean contrarios a los intereses de la parte demandada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

12. La Sala abordará el estudio de las consideraciones, en las siguientes partes: i) la competencia de la Sala; ii) el acto administrativo acusado; iii) el problema jurídico; iv) el marco normativo sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud; v) el marco normativo sobre el proceso de compensación ordinario; y vi) el análisis del caso en concreto.

¹⁰ Actuando en nombre propio y como impugnador, en virtud del artículo 146 del Decreto 01 de 1984.

¹¹ “[...] **Artículo 128.** En los procesos de simple nulidad cualquier persona podrá pedir que se lo tenga como parte coadyuvante o impugnadora, hasta el vencimiento del término de traslado para alegar de conclusión en primera o en única instancia [...]”.



Competencia de la Sala

13. Vistos: i) el numeral 1 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo¹², sobre la competencia del Consejo de Estado, en única instancia, aplicable en los términos del artículo 308¹³ de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011¹⁴, sobre el régimen de transición y vigencia; y ii) el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, sobre la distribución de los procesos entre las secciones de esta Corporación, la Sala considera que es competente para conocer del presente asunto.

14. Agotados los procedimientos inherentes al proceso de nulidad de que trata este asunto, y sin que se observe vicio o causal de nulidad que puedan invalidar lo actuado, se procede a decidir el caso *sub lite*, como se desarrollará a continuación.

Acto administrativo acusado

15. El acto administrativo acusado es el siguiente:

“[...]

DECRETO NÚMERO 3260 DE 2007
(28 de agosto 28)

Por el cual se establece un procedimiento para la presentación de una declaración de giro y compensación excepcional.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y los artículos 154, 204, 205, 218 y 220 de la Ley 100 de 1993,

DECRETA:

¹² “[...] Artículo 128. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden [...]”.

¹³ “[...] Artículo 308. Régimen de Transición y Vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”

¹⁴ “[...] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]”.



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

ARTÍCULO 1º. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, incluidas las entidades en liquidación, podrán presentar una única declaración de giro y compensación excepcional respecto de los recaudos por cotizaciones de la totalidad de los períodos que a diciembre de 2006 no hubieran podido ser compensados.

El proceso de compensación de que trata este artículo, deberá presentarse el día 10 de septiembre de 2007 antes de las 3:00 p.m.

Las EPS o EOC que se encuentren en liquidación podrán presentar la declaración de giro y compensación de que trata el presente decreto el día 10 de septiembre de 2007 o el día 8 de octubre de 2007 antes de las 3:00 p.m.

ARTÍCULO 2º. La declaración de giro y compensación excepcional de que trata este decreto se sujetará a las siguientes reglas:

1. Las EPS y EOC deberán incluir en esta declaración excepcional todos los períodos de compensación que, a diciembre de 2006, aún no hayan sido cerrados en orden cronológico, aún cuando el valor para algún periodo sea cero (0).

2. Las EPS y EOC que presenten la declaración de giro y compensación excepcional regulada en el presente decreto no podrán reclamar suma alguna por concepto de UPC, licencias de maternidad y paternidad, incapacidad por enfermedad general o por ningún otro concepto, por los periodos que se cierran.

3. Los recaudos de cotizaciones de los períodos que se cierran y que se realicen con posterioridad a la vigencia del presente Decreto, deberán ser girados al Fondo de Solidaridad y Garantía como ingresos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para cada subcuenta, en el porcentaje que para cada una de ellas corresponda para el respectivo período, de conformidad con el formato que se defina para el efecto.

4. Las EPS o EOC no podrán reclamar suma alguna en la declaración de giro y compensación excepcional, por los períodos en los cuales no se hubieran girado al Fondo de Solidaridad y Garantía saldos no conciliados o no compensados o por registros glosados correspondientes al respectivo periodo.

5. A más tardar el 6 de septiembre de 2007, el Administrador Fiduciario de los recursos del Fosyga, remitirá una guía a todas las EPS y EOC incluyendo como mínimo la siguiente información sobre los períodos a cerrar:

- a) Razón Social y Código de cada EPS o EOC;
- b) Períodos que cada EPS debe cerrar;
- c) Valor de los saldos no conciliados o no compensados o glosados pendientes de legalizar para cada período;
- d) Valor total del recaudo reportado y apropiado para cada período;
- e) Valor pagado por concepto de UPC para cada período;
- f) Valor pagado por concepto de Incapacidades por Enfermedad General para cada período;
- g) Valor pagado por concepto de promoción y prevención para cada período que se cierra;
- h) Valor pagado por concepto de licencias de maternidad y paternidad para cada período que se cierra;
- i) Porcentaje aplicable a cada periodo que corresponde a la relación existente entre la sumatoria de las unidades de pago por capitación pagadas, las incapacidades por enfermedad general, el valor pagado por concepto de promoción y prevención y el valor pagado por concepto de licencias de maternidad y paternidad, con el recaudo reportado y apropiado para cada período.

6. Con fundamento en la información contenida en la guía de que trata el numeral anterior y con las reglas que se establecen en el presente decreto, la EPS o EOC que decida presentar ante el Administrador Fiduciario de los recursos del Fosyga la declaración de giro y compensación excepcional deberá hacerlo incluyendo un registro para cada uno de los períodos que deba cerrar, independientemente de que



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

el valor a reconocer sea cero (\$0). En la declaración la EPS o EOC deberá incluir, como mínimo, la siguiente información:

- a) Razón Social y Código de cada EPS o EOC;*
- b) Período que se cierra (aunque su valor sea cero (\$0));*
- c) Valor de los excedentes de aportes patronales financiados con situado fiscal o con el sistema general de participaciones pendiente de conciliar (Declarado por la EPS o EOC);*
- d) Valor neto a legalizar, Este corresponde al valor de que trata el literal c) del numeral anterior menos el valor de que trata el literal c) del presente numeral (Declarado por la EPS o EOC);*
- e) Declaración de aceptación suscrita por el representante legal principal de la entidad, en la que adicionalmente manifiesta que acepta las reglas del procedimiento para la presentación de la declaración de giro y compensación excepcional y cierra el período declarado para todos los efectos.*

7. La declaración de giro y compensación, deberá presentarse en el formato que para el efecto defina el Ministerio de la Protección Social que deberá contener como mínimo la información necesaria para la verificación de las reglas y operaciones previstas para el procedimiento de que trata el presente decreto y que garanticen la correcta aplicación de los recursos del Fosyga.

8. En ningún caso podrán ser objeto del proceso excepcional de que trata este Decreto, los períodos que fueron objeto del proceso excepcional de compensación o de compensación de ingresos por cotización no conciliados, establecidos en los Decretos 1013 de 1998, 1725 de 1999, 4450 de 2005 y 4047 de 2006.

9. El encargo fiduciario que administra los recursos del Fosyga, aplicará el porcentaje al que se refiere el literal i) del numeral 5 del presente artículo, al valor neto a legalizar establecido en el literal d) del numeral 6 de este artículo, previa la verificación y validación de la información remitida por las EPS y EOC en el marco de lo establecido por el presente Decreto.

Parágrafo 1°, Los cálculos y los datos que se incluyan en la declaración de giro y compensación excepcional de que trata el presente decreto, son de total responsabilidad de la EPS o EOC. En consecuencia, no habrá lugar a devolución de recursos de aportes patronales financiados con situado fiscal o con el sistema general de participaciones por sumas superiores a las declaradas por la entidad como excedentes pendientes de conciliar para el período que se cierra ni el reconocimiento de licencias de maternidad y paternidad adicionales por los mismos períodos declarados y en ningún caso, la no devolución de estos recursos será oponible a las entidades territoriales o a los afiliados, según corresponda.

Parágrafo 2°, Las entidades promotoras de salud y entidades obligadas a compensar que presenten la declaración de giro y compensación excepcional de que trata el presente decreto no tendrán derecho a reclamar suma alguna por ningún concepto por los períodos objeto del cierre, circunstancia esta que quedará expresamente consignada y suscrita por el representante legal principal de la entidad bajo el entendido, que sus efectos corresponden a lo señalado en los artículos 2469 y siguientes del Código Civil, en el formato que para el efecto determine el Ministerio de la Protección Social.

Parágrafo 3°, El valor máximo de cotizaciones a compensar en el proceso excepcional no podrá exceder el valor total de saldos no compensados o no conciliados o glosados, pendientes de compensar girados al Fosyga por cotizaciones de períodos hasta diciembre de 2006.

ARTÍCULO 3°, Los períodos que se incluyan en la declaración de giro y compensación excepcional de que trata el presente decreto, para todos los efectos legales no podrán ser considerados como períodos en mora frente a la totalidad de los afiliados de la respectiva EPS y EOC, y toda queja que surja del incumplimiento del presente



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

artículo, será objeto de investigación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 4°, Con el resultado de la declaración de giro y compensación excepcional se afectarán las partidas correspondientes a saldos no conciliados, saldos no compensados y registros glosados. Estos recursos se aplicarán al pago de las sumas que resulten a favor de las EPS o EOC y su superávit, si lo hubiere, se constituirá en ingresos para el Fosyga.

ARTÍCULO 5°, Respecto de los períodos a los que la EPS o la EOC no aplique el proceso de giro y compensación excepcional de que trata el presente decreto, a más tardar el 31 de diciembre de 2007, la entidad deberá identificar, por cada consignación efectuada por concepto de saldos no compensados, la razón de dicho valor, detallando si se trata de un aporte propio de un afiliado no identificado, del valor correspondiente a cotizaciones identificadas que no pertenecen a la EPS o EOC, o que corresponden a personas que fueron compensadas como beneficiarios, o de aportes que exceden el tope máximo del IBC, o de aportes que corresponden a otros ingresos del afiliado o provenientes de un segundo aportante y que ya habían sido compensados por un primer aportante, entre otros eventos que se registran como saldos no compensados, según el formato e instrucciones que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Sin perjuicio de lo anterior, las EPS o EOC podrán incluir dentro del proceso de compensación ordinaria de que trata el Decreto 2280 de 2004, los períodos por los que presente el proceso de compensación excepcional de que trata el presente Decreto [...]."

Problema jurídico

16. Corresponde a la Sala determinar, con fundamento en la demanda y la respectiva contestación de demanda, si mediante el Decreto núm. 3260 de 28 de agosto de 2007 existió violación al principio de la moralidad administrativa.

17. En este orden de ideas, la Sala determinará si hay lugar a declarar o no la nulidad del acto administrativo acusado expedido por la parte demandada, para lo cual, se desarrollarán los siguientes marcos normativos:

Marco normativo sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud

18. Visto el artículo 48 de la Constitución Política, sobre la Seguridad Social, dispone que es un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable:

"[...] Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. [...] (Destacado fuera de texto)

19. Visto el artículo 49 *ibidem*, sobre el servicio de salud, establece que es un servicio a cargo del Estado y, por lo tanto, le corresponde a este “[...] *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 [...].*”

20. El artículo 152 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993¹⁵, dispone que los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud “[...] son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención [...]”.

21. Visto el artículo 157 *ibidem*, sobre la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Regímenes Contributivo y Subsidiario, establece:

[...] Artículo 157. Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

¹⁵ “[...] Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones [...]”.



1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias*, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados <persona en situación de discapacidad>, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

B. Personas vinculadas al Sistema.

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación [...]” (Destacado fuera de texto).

22. Visto el artículo 202 *ibidem*, dispone que el Régimen Contributivo “[...] es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso [...]”.

23. Visto el artículo 156 *ibidem*, sobre las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, establece:



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

“[...] Artículo 156. Características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

a) El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud;

b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales;

c) Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud [...]

d) El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud;

e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno;

f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación - UPC - que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. [...]

***l) Existirá un Fondo de Solidaridad y Garantía que tendrá por objeto, de acuerdo con las disposiciones de esta ley, garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en esta Ley [...]*” (Destacado fuera de texto).**

24. Por lo anterior, la sala considera que dentro de las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud están, entre otras: i) el Plan Obligatorio de Salud es el Plan Integral que reciben todos los afiliados en atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales; ii) con el fin de financiar el Plan Obligatorio de Salud, el Sistema reconoce a las EPS una Unidad de Pago por Capitación (UPC) por cada persona afiliada y beneficiaria; y iii) el Fondo de Solidaridad y Garantía¹⁶ tiene por objeto, entre otros, garantizar la compensación

¹⁶ Hoy Administradora de los Riesgos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, de conformidad con lo dispuesto en 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 [...]”.



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

entre personas de distintos ingresos y riesgos, y garantizar la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Marco normativo sobre el procedimiento de compensación ordinario

25. Visto el artículo 218 de la Ley 100, sobre la creación del Fondo de Solidaridad y Garantía, establece:

***[...] Artículo 218. Creación y operación del Fondo.** Créase el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política.*

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos [...].

26. Visto los artículos 219 y 220 *ibidem*, sobre las subcuentas que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía, y la financiación de la subcuenta de compensación, que establecen:

***[...] Artículo 219. Estructura del fondo.** El Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes:*

- a) De compensación interna del régimen contributivo;*
- b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud;*
- c) De promoción de la salud;*
- d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta Ley. [...].*

***[...] Artículo 220. Financiación de la subcuenta de compensación.** Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por Capitación - UPC - que le serán reconocidos por el sistema a cada Entidad Promotora de Salud. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las Unidades de Pago por Capitación reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas.*

Parágrafo. La Superintendencia Nacional de Salud realizará el control posterior de las sumas declaradas y tendrá la facultad de imponer las multas que defina el respectivo reglamento. [...] (Destacado fuera de texto).



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

27. Visto el artículo 2 del Decreto 2280 de 15 de julio de 2004¹⁷, sobre el proceso de compensación, definió el mencionado proceso de la siguiente forma:

*“[...] **Artículo 2. Proceso de compensación.** Se entiende por compensación el proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas íntegramente e identificadas plenamente por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás entidades obligadas a compensar, EOC, para cada período mensual, los recursos destinados a financiar las actividades de promoción y prevención, los de solidaridad del régimen de subsidios en salud y los recursos que el sistema reconoce a las EPS y demás EOC por concepto de unidades de pago por capitación, UPC, así como los reconocidos para financiar el per cápita de las actividades de promoción y prevención, incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y paternidad.*

Como resultado de lo anterior, los recursos provenientes del superávit de las cotizaciones recaudadas se giran o trasladan por las EPS y EOC a las respectivas Subcuentas del Fosyga y este, a su vez, gira o traslada a las cuentas de las EPS y EOC las sumas que resulten a su favor [...].”

28. Visto el artículo 5 *ibidem*, estableció que los administradores de los recursos del sector salud, así como aquellos que manejan información sobre la población, *“[r]esponderán por su reporte oportuno, confiable y efectivo de conformidad con las disposiciones legales y los requerimientos del Ministerio de Salud [...].”*

29. Vistos los artículos 6, 9 y 10 *ibidem*, sobre el proceso de compensación, el giro de los recursos a favor del Fosyga y el reconocimiento de los recursos resultantes del proceso de compensación y la compensación de los registros glosados, que establecen:

*“[...] **Artículo 6. Proceso de compensación.** Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, realizarán el proceso de compensación mediante la presentación de la declaración de giro y compensación, que involucre la totalidad de los recaudos por cotizaciones obligatorias de los aportantes y pagos de cotizantes adicionales, así:*

1. Al valor total recaudado en las cuentas registradas se le deducirán los valores correspondientes a Unidades de Pago por Capitación, UPC, adicionales, demás valores pagados por los cotizantes dependientes o afiliados adicionales de que tratan los Decretos 1703 y 2400 de 2002 y los intereses de mora por cotizaciones extemporáneas, y se le sumarán los valores que por incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y paternidad descontaron los empleadores en sus autoliquidaciones. Esta suma corresponderá al valor total de las cotizaciones recaudadas durante el mes [...].”

¹⁷ “[...] 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 [...]”



[...] Artículo 9. Giro de los recursos a favor del Fosyga y reconocimiento de recursos resultantes del proceso de compensación. El Fosyga, a través de su administrador fiduciario, verificará y validará el proceso de compensación presentado y comunicará el resultado de los registros aprobados a las EPS y EOC, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la declaración de giro y compensación por parte de las EPS y EOC.

Además de las validaciones que se establezcan por parte del Ministerio de la Protección Social, la información sobre los afiliados presentados en cada proceso de giro y compensación se validará por el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga contra la Base de Datos Única de Afiliados generada a partir de las Resoluciones 890 y 1375 de 2002 o las normas que las modifiquen o adicionen.

La comunicación escrita que contenga el resultado del proceso de compensación deberá indicar el número de registros aprobados por periodo compensado, los valores a reconocer a la EPS y aquellos que deben girar a cada subcuenta del Fosyga por los registros aprobados; adicionalmente, la comunicación debe indicar los registros glosados. A esta comunicación se anexará un medio magnético que contenga el detalle de los registros glosados, indicando las causas de glosa. El formato de la comunicación será definido por el Ministerio de la Protección Social.

El representante legal de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás EOC, en caso de aceptar el resultado del proceso informado por el Fosyga, suscribirá la comunicación y la presentará al Administrador Fiduciario del Fosyga dentro de las 24 horas siguientes, anexando copia de las consignaciones realizadas a las diferentes subcuentas del Fosyga. Una vez presentada la comunicación de aceptación, las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, podrán disponer de los recursos a que tengan derecho.

Los recursos a favor de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, resultantes del proceso de compensación que deba reconocer el Fosyga, se girarán a través de su Administrador Fiduciario, el mismo día en que reciba la aceptación por parte de la EPS o EOC del resultado del proceso de compensación y previo el giro a las diferentes subcuentas del Fosyga de la totalidad de los recursos resultantes del proceso, incluyendo los correspondientes a los registros glosados. [...].

Parágrafo. Las EPS o EOC en ningún caso podrán apropiarse de recursos de la Unidad de Pago por Capitación sin el cumplimiento del procedimiento establecido en el presente artículo.

Artículo 10. Compensación de registros glosados. Los registros glosados serán retirados en el proceso de validación de la declaración de giro y compensación, y serán compensados posteriormente, de ser procedente, previa corrección o aclaración en los términos definidos en el artículo 8º del presente decreto, identificando el período de compensación al cual corresponden. La información sobre los registros glosados por multifiliación deberá señalar las entidades con las cuales se encuentre multifiliado.

Los registros glosados por multifiliación y afiliados fallecidos se podrán presentar en los procesos de compensación nuevamente, una vez solucionado cada caso y establecido el derecho de la EPS o EOC, con base en los procedimientos establecidos por el Ministerio de la Protección Social para su



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

aclaración y el correspondiente giro de los recursos a que hubiere lugar. En este evento deberá indicarse el número de la declaración con la cual fueron girados los recursos [...]” (Destacado fuera de texto).

30. La Sala evidencia que el proceso de compensación de las entidades promotoras de salud, EPS, consiste en:

30.1. Las EPS, con el objeto de garantizar el Plan Obligatorio de Salud POS, deben recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados y de lo recaudado tienen que descontar el valor de las Unidades de Pago por Capitación UPC que les corresponde por cada afiliado y beneficiario.

30.2. Cuando las EPS identifican recursos a su favor pueden solicitar el reconocimiento y giro de los recursos que les corresponde por concepto de UPC, provisión de incapacidades, promoción y prevención.

30.3. En el evento que la suma de las Unidades de Pago por Capitación sea mayor que los ingresos recaudados por cotización, “[...] *el FOSYGA deberá cancelar la diferencia el mismo día a la entidad promotora de salud que así lo reporte [...]”*.

30.4. El proceso de compensación inicia con la presentación de la declaración de giro y compensación que están obligados a presentar las EPS y las EOC, de lo cual puede dar como resultado, por un lado, el reconocimiento de los valores correspondientes a los registros aprobados; y, por el otro, el retiro de los valores que resultaron glosados; en este último evento, solo serían compensados cuando se corrigieran o aclararan en los términos previstos.

31. El párrafo del artículo 9 *ibidem* establece que “[L]as EPS o EOC en ningún caso podrán apropiarse de recursos de la Unidad de Pago por Capitación sin el cumplimiento del procedimiento establecido en el presente artículo [...]”.

32. Visto el artículo 11 *ibidem*, sobre las causales para la no aceptación de la declaración de giro y compensación, establece:



“[...] Artículo 11. Causales para la no aceptación de la declaración de giro y compensación. Se consideran causales para la no aceptación de la declaración de giro y compensación:

a) La presentación de fallas en el medio magnético que soporta la declaración, o de errores de estructura que imposibiliten su lectura y cargue y que se hayan originado desde la Entidad Promotora de Salud, previa la verificación y prueba efectuada al momento de la presentación de la misma y siempre que dicha verificación establezca la imposibilidad de su lectura y cargue;

b) La presentación de tachones o enmendaduras en el formato que acompaña el medio magnético de las declaraciones de giro y compensación;

c) La no presentación de la certificación por parte del Revisor Fiscal de la declaración del mismo proceso del mes inmediatamente anterior, o cuando esta presenta salvedades en las cuales se evidencie la no devolución de saldos a favor del Fosyga resultantes de procesos de compensación anteriores.

Parágrafo. Las entidades a las que no se les haya aceptado la declaración de giro y compensación de acuerdo con las causales previstas en el presente artículo, podrán presentar la declaración y sus anexos en la siguiente fecha establecida para la presentación del proceso de compensación de acuerdo con el artículo 8o del presente decreto.

El Fosyga, a través de su Administrador Fiduciario, informará sobre las declaraciones no aceptadas y las causas de rechazo, a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la fecha de la presentación de la declaración no aceptada, para que se adelanten las investigaciones pertinentes y de ser procedente se impongan las sanciones que correspondan.

Se consideran causales para la no aceptación de la declaración de giro y compensación:

a) La presentación de fallas en el medio magnético que soporta la declaración, o de errores de estructura que imposibiliten su lectura y cargue y que se hayan originado desde la Entidad Promotora de Salud, previa la verificación y prueba efectuada al momento de la presentación de la misma y siempre que dicha verificación establezca la imposibilidad de su lectura y cargue;

b) La presentación de tachones o enmendaduras en el formato que acompaña el medio magnético de las declaraciones de giro y compensación;

c) La no presentación de la certificación por parte del Revisor Fiscal de la declaración del mismo proceso del mes inmediatamente anterior, o cuando esta presenta salvedades en las cuales se evidencie la no devolución de saldos a favor del Fosyga resultantes de procesos de compensación anteriores.

Parágrafo. Las entidades a las que no se les haya aceptado la declaración de giro y compensación de acuerdo con las causales previstas en el presente artículo, podrán presentar la declaración y sus anexos en la siguiente fecha establecida para la presentación del proceso de compensación de acuerdo con el artículo 8° del presente decreto.



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

El Fosyga, a través de su Administrador Fiduciario, informará sobre las declaraciones no aceptadas y las causas de rechazo, a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la fecha de la presentación de la declaración no aceptada, para que se adelanten las investigaciones pertinentes y de ser procedente se impongan las sanciones que correspondan [...]” (Destacado fuera de texto).

33. La Sala evidencia, de la normatividad *supra*, que las razones de no aceptación de la declaración de giro y compensación están directamente relacionadas con deficiencias en la información que deban suministrar las entidades promotoras de salud, EPS, y las entidades obligadas a compensar, EOC, situación esta que al llegar a ocurrir se constituiría en incumplimiento de las obligaciones de las EPS o EOC y, por tanto, sería motivo de investigación y sanción por parte de la Superintendencia Nacional de Salud a las mencionadas entidades.

Análisis del caso en concreto

34. Para resolver el cargo de nulidad presentado por la parte demandante y de conformidad con las normas expuestas *supra*, la sala analizará el procedimiento de compensación excepcional establecido en el acto acusado, tal como se desarrolla a continuación:

Sobre el procedimiento de compensación excepcional

35. La parte demandada estableció, por medio del Decreto núm. 3260 de 2007, un procedimiento de compensación excepcional, de la siguiente forma:

“[...] Artículo 1º. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, incluidas las entidades en liquidación, podrán presentar una única declaración de giro y compensación excepcional respecto de los recaudos por cotizaciones de la totalidad de los períodos que a diciembre de 2008 no hubieran podido ser compensados [...]”.

36. El objeto del Decreto núm. 3260 de 2007 era que los recursos no reconocidos a las EPS y EOC, mediante el proceso de compensación ordinario, fueran pagados y, de esa forma, poder ser destinados a la prestación del servicio público de salud.



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

37. Como así lo consideró la Sección Primera de esta Corporación, en un caso similar, respecto al procedimiento de compensación excepcional¹⁸:

“[...] Para la Sala, es evidente que el propósito de la norma que contiene el dispositivo demandado era que los recursos que no fueron reconocidos a las EPS y EOC por incurrir en las causales de rechazo anotadas líneas atrás como resultado del proceso de verificación de la declaración del giro y compensación, pudieran ser pagados para ser destinados a la prestación del servicio de salud [...]”.

38. Indicado lo anterior, la Sala procede a resolver el cargo de nulidad presentado por la parte demandante.

Nulidad por violación al principio de la moralidad administrativa

39. El artículo 209 de la Constitución Política, sobre la función administrativa, establece:

“[...] Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley [...]” (Destacado fuera de texto).

40. La Sección Primera de esta Corporación, respecto a la violación del principio de la moralidad administrativa, ha considerado¹⁹:

“[...] La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; Sentencia de 31 de enero de 2019; C.P. Oswaldo Giraldo López; número único de radicación 1100103240002010000436 00.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; Sentencia de 8 de junio de 2017; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; número único de radicación 880012333000201400040 01.



dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública [...].”

41. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 1.º de diciembre de 2015, precisó que los elementos del concepto de la moralidad administrativa son los siguientes²⁰:

“[...] 2.2.1. Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho.

(i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública.

[...]

2.2.2. Elemento subjetivo

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular [...].” (Destacado fuera de texto).

42. Así las cosas, el principio de la moralidad administrativa se relaciona con el ejercicio de la función pública según los mandatos del Estado Social de Derecho y, en especial, con el manejo correcto de los bienes y dineros públicos.

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia proferida el 1.º de diciembre de 2015, núm. único de radicación 11001-33-31-035-2007-00033-01.



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

43. Para que se configure la vulneración de este derecho debe concurrir, por un lado, un elemento objetivo que alude al quebrantamiento del ordenamiento jurídico; y, por el otro, uno subjetivo relacionado con la demostración de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias o alejadas de la correcta función pública.

44. En virtud de lo anterior, la Sala considera que, con ocasión al incremento de los recursos que estaban paralizados en el Fosyga, en razón a los saldos no compensados y registros glosados que a diciembre del año 2006 no habían podido ser compensados a través del proceso de compensación ordinario citado *supra*, era necesario que el Gobierno Nacional estableciera un procedimiento de compensación excepcional con el objeto que esos dineros pudieran ser destinados a la prestación del servicio público de salud., como en efecto ocurrió con el Decreto núm. 3260 de 2007.

45. Esta Sección ha considerado que el procedimiento de compensación excepcional no es violatorio del principio de moralidad administrativa, por las siguientes razones²¹:

“[...] Tampoco acoge la Sala el cargo de violación del principio de moralidad administrativa, pues contrario a ello lo que se observa es que la filosofía de este mecanismo fue precisamente hacer eficientes unos recursos que se encontraban paralizados por virtud de una conducta atribuible a las EPS consistente en el incumplimiento del deber de suministrar información o corregir oportunamente las deficiencias advertidas por el FOSYGA.

Siendo ello así, antes que desconocer los principios que orientan la actividad de los sujetos que ejercen funciones administrativas y específicamente de los que intervienen en el Sistema de Seguridad Social en Salud, lo que ha hecho el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 2729 de 2010 es optimizarlos.

En tal orden, la disposición acusada garantiza que los recursos que se encontraban paralizados puedan ser utilizados en favor de todos los actores del sistema de salud del país, ya que permite el pago de las UPC a las EPS y EOC que no habían entregado en el momento oportuno la información para que ello sucediera, o que la habían suministrado de manera errada sin haber hecho las correcciones a que había lugar. También viabiliza los pagos que deban hacerse a esas mismas EPS de parte

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; Sentencia de 7 de mayo de 2015; C.P. Guillermo Vargas Ayala; número único de radicación 880012333000201400040 01, esta tesis jurisprudencial fue reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; en la Sentencia de 31 de enero de 2019; C.P. Oswaldo Giraldo López; número único de radicación 1100103240002010000436 00.



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

*del FOSYGA por los servicio (Sic) NO POS prestados a los afiliados del régimen contributivo en caso de que exista superávit como resultado del proceso de compensación excepcional. **También supone una mejora en la prestación del servicio ya que las EPS contarán con un flujo mayor de dinero [...]*** (Destacado fuera de texto).

46. Por último, respecto a la afirmación de la parte demandante en cuanto que con la expedición del acto acusado se violó el principio de moralidad administrativa, porque con el Decreto núm. 3260 de 2007 “[...] *las EPS quedaron eximidas de cumplir con la obligación de identificar a sus afiliados por los cuales hasta ese momento no habían podido cobrar al FOSYGA la UPC [...]*”, la Sala observa que: i) la parte demandante no probó dicha situación; ni tampoco, ii) del análisis del acto administrativo acusado, se advierte que este contenga o establezca la mencionada excepción.

47. Razón por la cual, la Sala concluye que el acto administrativo acusado no es contrario a los artículos 48, 49 y 209 de la Constitución Política y, por lo tanto, no es procedente declarar la nulidad del acto por este cargo de nulidad.

Conclusiones de la Sala

48. En suma, la Sala negará la pretensión de la demanda, por cuanto el cargo de nulidad expuesto por la parte demandante no tiene mérito de prosperidad, de conformidad con las razones expuestas *supra*.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: ACEPTAR la solicitud de intervención como impugnador de Juan Diego Buitrago Galindo.



Número único de radicación: 11001032400020090063300
Demandante: María Cristina Romero Gaitán

SEGUNDO: NEGAR la pretensión de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado, que, una vez en firme esta sentencia, archive el expediente, previas las anotaciones a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Presidenta
Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado