

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente (E): MARIA ELIZABETH GARCIA  
GONZALEZ**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil quince (2015).

**Radicación número: 1100-10324-000-2010-  
00245-00**

**Actor: Marcela Ramírez Sarmiento**

**Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN  
SOCIAL**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD**

Procede la Sala a decidir en única instancia la acción pública de nulidad promovida por la ciudadana Marcela Ramírez Sarmiento contra el parágrafo del artículo 2º del Decreto 3511 de 14 de septiembre de 2009, por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2699 de 2007 y se dictan otras disposiciones, expedido por el Gobierno Nacional.

## **I. ANTECEDENTES.**

**I.1-** La parte actora en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Consejo de Estado, con el objeto de que se profieran las siguientes declaraciones:

*"Solicito al Honorable Consejo de Estado declarar la nulidad del párrafo del artículo 2º del Decreto 3511 de 2009, por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2699 de 2007, expedido por el Ministerio de la Protección Social publicado en el Diario Oficial No. 47473 del 15 de septiembre de 2009"*

Estima, la accionante que con la expedición del párrafo demandado el Ministerio de la Protección Social desconoce las disposiciones contenidas en los artículos 48, 49 y 209 de la Constitución Política; 2º, 154 y 215 de la Ley 100 de 1993 y 2º del Decreto 205 de 2003.

Desarrolla el concepto de violación en los siguientes términos:

La cuenta de alto costo a la que se refiere la norma objeto de la presente demanda, fue creada por el Decreto 2699 de 2007 para

cubrir las enfermedades ruinosas y catastróficas y las 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 determine el Ministerio de la Protección Social.

Los recursos de la cuenta de alto costo provienen, para el régimen subsidiado, de los entes territoriales los cuales deben girar oportunamente los dineros correspondientes a las EPS-S y éstas a su vez deben enviar las partidas a la citada cuenta.

La norma acusada al obligar a las EPS-S a girar los recursos con destino a la cuenta de alto costo, aun cuando éstos no se hayan recibido efectivamente de la entidad territorial, resulta ilegal porque: i) atenta contra el flujo de recursos dentro del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud; ii) autoriza a los entes territoriales, actores principales dentro del régimen subsidiado, a incumplir con su deber de girar oportunamente los recursos a las EPS-S; iii) afecta la sostenibilidad financiera del régimen subsidiado en salud; iv) contraría las normas

que buscan optimizar el flujo financiero del régimen subsidiado al admitir su interrupción por parte de los entes territoriales y obligar a las EPS-S a girar recursos que no han recibido; v) tolera que los entes territoriales incumplan con sus obligaciones y por sus omisiones, desfinancien el régimen subsidiado en salud vi) crea una relación de desequilibrio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues altera las cargas de las EPS-S y conduce a que el Ministerio de la Protección Social incumpla con una de sus funciones principales, cual es la de: *“Velar por el equilibrio financiero del Sistema de la Protección Social y gestionar los recursos disponibles para hacer más eficiente su asignación.”*

Al prever la norma acusada que *“en ningún caso las EPS del Régimen Subsidiado –EPS-S podrán alegar el no giro por parte de la entidad territorial como justificación para no girar los recursos a la cuenta de Alto Costo”*, contraría los artículos 48 y 49 de la Carta Política, en especial el principio de eficiencia y el de que no se podrán utilizar los recursos de la seguridad social para fines diferentes a ella, y al permitir a los entes territoriales despojarse sin consecuencias de su obligación de girar oportunamente a las

EPS-S los recursos de la salud, se legaliza la ineficiencia de los mismos.

El párrafo acusado no se encuentra en consonancia con el artículo 209 de la Constitución Política, pues al permitir que uno de los Agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud incumpla sus funciones y deberes, no se obra acorde con los principios de moralidad y eficacia.

Agrega que la norma acusada dice fundarse en el Decreto 050 de 2003, que adopta medidas para optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pero mal puede consagrar que aún existiendo interrupción del flujo de recursos las EPS-S tuvieran la obligación de realizar los giros sobre recursos no recibidos.

No es cierto que el Decreto 050 de 2003, contemple la obligación de las EPS-S de efectuar los giros, aún cuando el ente territorial no haya pagado y, por ello, el párrafo demandado contraría la norma en la que dice fundarse. El artículo 36 del Decreto 050 de

2003, reconoce expresamente que se entiende que las EPS-S incumplen sus obligaciones con relación al flujo de los recursos de la salud, cuando han recibido oportunamente los recursos de la entidad territorial y no los han girado en tiempo. Luego, para hacer exigibles las obligaciones de las EPS-S, existe la condición previa de que éstas hayan recibido el giro de los dineros que les corresponden. La norma demandada permite que los entes territoriales incumplan con sus obligaciones, y por su omisión desfinancien a las EPS-S quienes en últimas garantizan los servicios de salud a los usuarios.

De otra parte, señala la actora que, de acuerdo con el artículo 215 de la Ley 100 de 1993, las obligaciones de todos los Agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud, incluidas las EPS-S, deben estar sustentadas en las variables económicas que hagan viable la operación del régimen subsidiado, pues de lo contrario, se podría llegar a una asignación de recursos ineficiente y a establecerse recursos deficitarios, lo cual afectaría al sistema en su conjunto y a los afiliados en particular. No se puede, en estos términos, poner a cargo de las EPS-S deberes cuyo financiamiento sea de carácter

incierto, pues los recursos, además de ser de destinación específica, son limitados y exigen la mayor eficiencia en su manejo y la norma acusada atenta contra la racionalización de los mismos.

La norma acusada desconoce el principio constitucional de la buena fe y el equilibrio contractual.

Sobre este aspecto plantea que los participantes del sistema de salud han resultado perjudicados por la alteración del equilibrio contractual, teniendo en cuenta que para la efectiva protección de los derechos de los usuarios del servicio de salud las autoridades deberán tomar en consideración que sus actuaciones se orientan a lograr y mantener el equilibrio contractual.

## **I.2- CONTESTACION DE LA DEMANDA**

**El Ministerio de la Protección Social** contestó la demanda en los siguientes términos:

.- El artículo 2º del Decreto 3511 de 2009 ha sido derogado a partir de la entrada en vigencia del Decreto 971 de 2011, por medio del cual se definió el instrumento a través del cual el Ministerio de la Protección Social debe girar los recursos del régimen subsidiado a las EPS-S.

.- Frente a los argumentos de la actora, considera importante precisar tres elementos fundamentales que justificaron, en su momento, la existencia de la norma acusada, que ya desapareció del ordenamiento jurídico al haber sido derogada expresamente por el artículo 5º del Decreto 1700 de 2011, a saber:

**a. Las EPS-S tienen la función de aseguramiento.**

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, las EPS son las responsables del aseguramiento, concepto que incluye obligaciones como la administración del riesgo financiero y la gestión del riesgo en salud, entre otras. Corresponde en estos términos a las EPS-S efectuar el giro de los recursos, para la cuenta de alto costo en los términos del artículo 5º del Decreto 2699 de 2007; en ejercicio de la competencia de intervención el Gobierno

Nacional advierte que tal obligación debe cumplirse incondicionalmente, esto es, sin poder justificar su incumplimiento a la luz del no giro de recursos por parte de la entidad territorial.

Dicha disposición traza una regla que busca la protección de la financiación de la Cuenta de Alto Costo, como mecanismo para administrar financieramente los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y de las correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo. Luego, lo relevante es esta protección que se privilegia sobre una eventual recepción inoportuna de recursos de UPC-S de la entidad territorial respectiva.

La cuenta de alto costo es un mecanismo que permite realizar transferencias de recursos entre las entidades promotoras de salud –EPS- de los regímenes contributivo y subsidiado y las entidades obligadas a compensar –EOC, con el propósito de compensar la inequitativa distribución de los costos generados por la atención de

afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, diagnosticados con enfermedad renal crónica o insuficiencia renal crónica, debido a la concentración de pacientes en unas EPS y EOC por razones de selección adversa, la selección de riesgo de los usuarios y otros fenómenos anómalos que se presentan en el mercado de seguros. Dado que el Sistema de Seguridad Social es uno solo los usuarios quedan afiliados al mismo independientemente que se trate de uno u otro régimen, contributivo o subsidiado. Luego el sistema prevé un esquema de aseguramiento obligatorio de cobertura universal, en el cual los mecanismos de ajuste de riesgo deben necesariamente tener en cuenta a la totalidad de la población afiliada en su conjunto y dado que no es técnicamente posible aplicarlos sólo a algunas aseguradoras, excluyendo a otras, es necesario que se establezca una regla que apunte a la obligatoriedad del giro de tales recursos.

**b. La norma acusada en el contexto de alto costo.**

Con la vigencia de la Constitución de 1991, la seguridad social se instituyó como derecho irrenunciable de los habitantes y un servicio

público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

La Cuenta de Alto Costo fue implementada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 2699 de 2007, modificado parcialmente por el Decreto 3511 de 2009, al amparo de lo dispuesto en los artículos 19 y 25 literal "b" de la Ley 1122 de 2007; de acuerdo con estas disposiciones la Cuenta de Alto Costo es un mecanismo auto gestionado por las mismas EPS y EOC que operan con autorización en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de obligatorio cumplimiento, por lo cual la implementación de este mecanismo no es optativo para las EPS, sean del régimen contributivo o subsidiado, y EOC. De acuerdo con la legislación vigente todas las EPS y EOC deben hacer parte del mecanismo de la Cuenta de Alto Costo, sin excepción, lo que significa que no es posible justificar el incumplimiento en el giro de los recursos por parte de las EPS-S, argumentando el no giro de los recursos por las entidades territoriales.

**c. La norma acusada no legaliza la ineficiencia de las entidades territoriales ni interrumpe el flujo de recursos del régimen subsidiado.**

En este aspecto el Ministerio de la Protección señala que el análisis de la demanda sobre la norma acusada es sesgado, no se interpreta como regla contenida en un párrafo, es decir, como frase aclaratoria del artículo sino como si se tratara de la regla general; no obstante al revisar el texto del párrafo, es necesario concluir que no es una autorización para que las entidades territoriales incumplan, sino una regla para que la financiación del mecanismo de la cuenta de alto costo se mantenga sin interrupción y de forma constante como herramienta para administrar financieramente los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo– y de las actividades correspondientes de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo. Aspectos que se derivan del ejercicio de la actividad de aseguramiento, que

le implica a las EPS la gestión del riesgo financiero y la gestión del riesgo en salud, como delegatarias dentro del Sistema, que es reglado.

Más que permitir el incumplimiento en el flujo de recursos en cabeza de las entidades territoriales, busca proteger la financiación de la cuenta de alto costo, haciéndola ver como una eventual recepción inoportuna de recursos de UPC-S de la entidad territorial respectiva, concordante con los contenidos constitucionales y cuando la propia Corte Constitucional ha reconocido la importancia de la regulación en materia de alto costo. (sentencia T-10 de 2004).

Concluye en estos términos, que la norma acusada, más que permitir el incumplimiento o interrupción del flujo de recursos del régimen subsidiado es una forma de garantizar el giro continuo a la cuenta de alto costo, para que se garantice la atención en estos servicios.

Finalmente, solicita que se declare la excepción de carencia de objeto porque la norma acusada ha desaparecido del ordenamiento jurídico por derogatoria expresa del artículo 5º del Decreto 1700 de 2011.

### **I.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **.- DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**

Reitera los argumentos de la contestación de la demanda relacionados con la desaparición del ordenamiento jurídico de la disposición acusada por derogatoria expresa y, en relación con los cargos formulados señala que las EPS tienen la función de aseguramiento, que comprende el riesgo financiero y su gestión. El Decreto parcialmente acusado establece que tal obligación debe cumplirse a cabalidad y constituye el mecanismo o regla para administrar financieramente los recursos para esa destinación específica.

Así mismo, el Decreto parcialmente demandado se expidió con fundamento en las disposiciones que regulan lo relativo a la

intervención del Estado en la economía y a la prestación del servicio público de salud, como se advierte en su epígrafe, al incluir el artículo 154 de la Ley 100 de 1993.

En este sentido concluye que, la norma más que permitir el incumplimiento e interrupción del flujo de recursos del régimen subsidiado, constituye una forma de garantizar el giro continuo a la cuenta de alto costo, para que se optimice la atención que se requiere para estos servicios.

**.- DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público estima que la actora no desvirtuó la legalidad de la disposición acusada, razón por la cual los cargos formulados deben ser denegados.

Para arribar a esta conclusión señala que la Cuenta de Alto Costo ha sido el mecanismo establecido por el Estado para asumir el riesgo de enfermedades de alto costo en los pacientes afiliados a las entidades promotoras de salud y demás entidades obligadas a

compensar, de conformidad con lo establecido en los artículos 2º y 154 de la Ley 100 de 1993.

El mecanismo permite mayor eficiencia en la utilización de los recursos financieros del sistema de seguridad social en salud y que los afiliados reciban una atención integral de las patologías de alto costo, manejados a través de un solo Fondo haciendo efectivos los principios de universalidad e integralidad previstos en la Ley 100 de 1993, lo que asegura el carácter obligatorio en salud.

En estos términos, resulta justificada la medida prevista en el párrafo del artículo 2º del Decreto 3511 de 2009, ya que la interrupción en la recepción de los recursos en el Fondo afectaría de forma grave la atención de los afiliados.

Señala además que no se puede colegir, ni siquiera en forma indirecta, que se justifique o aliente el incumplimiento de los entes territoriales en relación con sus obligaciones, pues la medida se dirige a las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, las cuales no pueden justificar el no envío de los recursos a la

cuenta de alto costo, por el hecho de que los entes territoriales no giren los dineros correspondientes a dichas entidades.

Frente a la afirmación del actor según la cual la medida atenta contra la sostenibilidad financiera del régimen subsidiado en salud, porque el flujo de recursos y la financiación de los servicios a los pacientes depende de la gestión efectiva de cada uno de los actores, dentro de los que se encuentran los entes territoriales, estima el Ministerio Público no existe prueba que acredite que efectivamente la medida, así implementada, va en contravía de la sostenibilidad financiera del régimen subsidiado.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

Procede la Sala a resolver en esta instancia la acción pública de nulidad promovida con el objeto que se declare la nulidad del párrafo del artículo 2º del Decreto 3511 de 14 de septiembre de 2009.

**El acto acusado:**

Lo es el **parágrafo del artículo 2º del Decreto 3511 de 14 de septiembre de 2009**, “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2699 de 2007 y se dictan otras disposiciones”, según el cual:

(...)

**ARTÍCULO 2o.** Modifícase el artículo 5º del Decreto 2699 de 2007, el cual quedará así:

**“Artículo 5o.** *Giro de recursos a la cuenta de alto costo.* Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo -EPS, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado -EPS-S y las demás Entidades Obligadas a Compensar -EOC, girarán a la Cuenta de Alto Costo, el monto neto mensual de los recursos de acuerdo con los resultados del mecanismo de distribución de que trata el artículo 4o del presente decreto.

En el caso de las EPS del Régimen Contributivo -EPS y de las Entidades Obligadas a Compensar - EOC, el giro se hará el siguiente día hábil de aprobado el primer proceso de compensación de cada mes.

En el caso de las EPS del Régimen Subsidiado -EPS-S, el giro se hará de los recursos recibidos en virtud del recaudo de las UPC-S, los cuales deben ser girados a la Cuenta de Alto Costo de manera anticipada y con una periodicidad bimestral, dentro de los diez (10) primeros días.

**PARÁGRAFO.** En ningún caso las EPS del Régimen Subsidiado -EPS-S podrán alegar el no giro por parte de la Entidad Territorial como justificación para no girar los recursos a la Cuenta de Alto Costo, según lo dispuesto en el Decreto 050 de 2003 y las demás normas que lo modifiquen, aclaren o sustituyan”. (texto demandado se destaca)

## **El caso concreto.**

Sea lo primero señalar por la Sala que, según lo afirma el Ministerio de la Protección Social el Decreto parcialmente acusado fue derogado por el Decreto 971 de 2011, que estableció el instrumento a través del cual el Ministerio de la Protección Social girará los recursos del Régimen Subsidiado a las Entidades Promotoras de Salud. Debiéndose aclarar que el artículo 5° del Decreto 1700 de 2011<sup>1</sup>, derogó únicamente el inciso segundo de esta disposición.

Como ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corporación, el acto acusado pudo producir efectos jurídicos durante su vigencia, razón por la cual procede analizar su legalidad a la luz de las normas que se dicen vulneradas ya que no opera la sustracción de materia.

Así ha señalado<sup>2</sup>:

“(…) la derogatoria expresa o tácita de una norma no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, que se extienden también a los actos de contenido

---

<sup>1</sup> **Artículo 5°. Vigencia y derogatorias.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial, el inciso 2° del artículo 6° del Decreto 2699 de 2007, modificado por el artículo 3° del Decreto 3511 de 2009; **el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 2699 de 2007 modificado por el artículo 2° del Decreto 3511 de 2009** y el inciso 3° del artículo 3° del Decreto 1141 de 2009, modificado por el artículo 2° del Decreto 2777 de 2010.

<sup>2</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Bogotá, D.C. dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999), radicación número: 4912.

particular, efectos que sólo se terminan con el pronunciamiento definitivo del juez; y mientras ello no ocurra tal norma conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara. Es decir, que la derogatoria no restablece *per se* el orden jurídico que se estima contrariado sino que sólo afecta la vigencia de la norma. Entonces, es por los efectos que dicha norma hubiera podido producir mientras estuvo vigente que no puede considerarse que hay sustracción de materia y, por lo mismo, que debe hacerse un pronunciamiento de fondo (...)."<sup>3</sup>

Procede la Sala, en estos términos, a realizar el estudio de fondo de las pretensiones de la demanda que se funda en el desconocimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 48, 49 y 209 de la Constitución Política, 2, 154 y 215 de la Ley 100 de 1993 y 2º del Decreto 205 de 2003, al permitir, según estima la parte actora, que las entidades territoriales no efectúen oportunamente el giro de los recursos a las EPS-S lo cual genera un desequilibrio financiero en el Sistema.

En primer término, cabe señalar que la Cuenta de Alto Costo fue creada por virtud del Decreto 2699 de 2007, en desarrollo de lo previsto en los artículos 2º<sup>4</sup> y 154<sup>5</sup> de la Ley 100 de 1993. Sus

---

<sup>3</sup> En el mismo sentido ver fallo del 14 de enero de 1991, expediente No. S-157, consejero ponente: doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

<sup>4</sup> **ARTICULO. 2º- Principios.** El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c) Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

d) Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley;

e) Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f) Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

**PARAGRAFO.**-La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida.

**<sup>5</sup> ARTICULO. 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 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;

recursos son administrados por las Entidades Promotoras de Salud, de los regímenes contributivo y subsidiado y demás entidades obligadas a compensar (EOC), para cubrir las enfermedades ruinosas y catastróficas y las 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 determine el Ministerio de la Protección Social, a través de dos subcuentas: i) los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas –alto costo- y, ii) los recursos correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública, directamente relacionadas con el alto costo.

- 
- 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, y
  - h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de seguridad social en salud, como parte fundamental del gasto público social.

**PARAGRAFO.** -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.

Los recursos de la cuenta de alto costo provienen, para el régimen subsidiado, de los entes territoriales, los cuales deben girar oportunamente los dineros correspondientes a las EPS-S y éstas a su vez deben girar las partidas a la citada cuenta.

El Decreto 3511 de 2009, se expidió con fundamento entre otras, en la Ley 1112 de 2007, que dispone:

**Artículo 13.** *Flujo y protección de los recursos.* Los actores responsables de la administración, flujo y protección de los recursos deberán acogerse a las siguientes normas:

(...)

**Parágrafo 1°.** **El Gobierno Nacional tomará todas las medidas necesarias para asegurar el flujo ágil y efectivo de los recursos del Sistema, utilizando de ser necesario, el giro directo y la sanción a aquellos actores que no aceleren el flujo de los recursos.** (Destaca la Sala)

**Parágrafo 2°.** Los giros correspondientes al Sistema General de Participaciones para Salud, destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, **se podrán efectuar directamente a los actores del Sistema, en aquellos casos en que alguno de los actores no giren oportunamente.** Este giro se realizará en la forma y oportunidad que señale el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional. Los mecanismos de sanción y giro oportuno de recursos también se deben aplicar a las EPS que manejan el régimen contributivo. (destaca la Sala)

(...)

**Artículo 14. Organización del Aseguramiento.** Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

**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.

**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) Definir 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; (...)"

De otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-463 de 2008, ha señalado la obligación de las EPS en relación con el aseguramiento en salud y sus implicaciones, así:

“(...) El aseguramiento en salud lo entendió el legislador como la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Este aseguramiento implica que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud, siendo las Empresas Promotoras de Salud en cada régimen, las responsables de cumplir con las funciones del aseguramiento que son indelegables (...), en aquellos casos de enfermedad de alto costo, para que estos sean cubiertos por el Fosyga y la sanción para las EPS que incumplan este deber, (...)”

Dentro de este marco normativo, corresponde a las Entidades Promotoras de Salud cumplir con la función indelegable del aseguramiento que comprende la obligación de girar los recursos a la “cuenta de alto costo”, así no hayan recibido efectivamente los recursos por parte de la entidad territorial.

Ello significa que la obligación del recaudo está en cabeza de las EPS-S y de no realizarla oportunamente, debe efectuar el giro a la

cuenta de alto costo, porque de lo contrario sí habría lugar a afectar el flujo de recursos dentro del régimen subsidiado.

Bajo este entendido corresponde a las Empresas Promotoras de Salud en los sistemas contributivo y subsidiado, asumir el riesgo, función de aseguramiento que además es indelegable y cuyo incumplimiento acarrea las sanciones de ley.

Tampoco como lo afirma la accionante, se está autorizando a los entes territoriales a incumplir su deber de girar oportunamente los recursos a las EPS-S porque precisamente tal proceder conduciría a la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema subsidiado de salud.

Si bien es cierto que la disposición contenida en el párrafo del artículo 5º del Decreto 2699 de 2007, modificado por el artículo 2º del Decreto 3511 de 2009, señala que *"En ningún caso las EPS del régimen subsidiado –EPS-S podrán alegar el no giro por parte de la entidad territorial como justificación para no girar los recursos a la cuenta de Alto Costo, según lo dispuesto en el Decreto 050 de 2003 y las demás normas que lo modifiquen, aclaren o sustituyan."*, tal norma no tiene el alcance que le pretende reconocer la actora.

El Decreto 050 de 2003, dispone en el artículo 31:

**Artículo 31. Oportunidad del giro.** La entidad territorial deberá pagar a las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), las UPC correspondientes a sus afiliados en forma anticipada por bimestres y dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre. El cálculo de las UPC a pagar, se realizará teniendo en cuenta las bases de datos de afiliados de cada Administradora del Régimen Subsidiado (ARS), sin perjuicio de los ajustes que por novedades sean pertinentes.

El hecho de consagrar la obligación a cargo de las EPS-S para girar los recursos a la Cuenta de Alto Costo, no significa que se esté exonerando de la obligación consagrada en el artículo 31 transcrito para que las entidades territoriales efectúen el pago de las UPC de sus afiliados en forma anticipada por bimestres y dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del respectivo bimestre.

Es precisamente con fundamento en las obligaciones a cargo de las EPS-S que éstas, so pretexto de que las entidades territoriales no hayan efectuado el pago de las UPC, no pueden sustraerse de la obligación de realizar la transferencia de tales recursos a la cuenta de Alto Costo.

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.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo dispone el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, comprende las obligaciones del Estado y la Sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios; así, acorde con el artículo 2º *ibídem*, debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por el principio de eficiencia, debe darse la mejor utilización social y económica a los recursos para que el servicio se preste en forma adecuada, oportuna y suficiente. Por el principio de universalidad ha de garantizarse la protección a todas las personas, sin discriminación en todas las etapas de la vida y por el principio de solidaridad ha de garantizarse la ayuda mutua y al Estado garantizarlo mediante su participación, control y dirección.

En este sentido, mal puede darse un entendimiento del párrafo acusado, de dirigirse a que las entidades territoriales incumplan su obligación de realizar la transferencia de recursos contrariando todos los postulados que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Lo que el Ejecutivo pretende con la norma en cuestión, es garantizar la transferencia oportuna de los recursos para satisfacer las necesidades de los usuarios de estas enfermedades, sin ningún obstáculo ni excusa que dilate o impida

que los recursos lleguen a la cuenta de alto costo, con el consecuente desbalance financiero.

En este contexto, el efecto útil de la norma no puede ser el de permitir o tolerar que los entes territoriales incumplan con sus obligaciones y de contera, desfinancien a las EPS-S porque es a éstas a las que corresponde asumir el riesgo correspondiente, pero ante todo su obligación es efectuar el recaudo de manera oportuna para garantizar la prestación del servicio.

No se puede hablar de desfinanciación del sistema, cuando las EPS-S incumplen su obligación de recaudar, de manera oportuna los recursos provenientes de las entidades territoriales para la Cuenta de Alto Costo, creada para cubrir las necesidades de los usuarios en tratándose de las enfermedades "catastróficas" o de "alto costo", y en la forma prevista en el artículo 25 del Decreto 050, razón por la cual si ocurre una desfinanciación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ella sólo podría ser predicable de una omisión de las EPS-S, ya que si éstas no recaudan los recursos en la oportunidad y forma prevista en las

citadas disposiciones, cuya destinación es específica para la Cuenta de Alto Costo, podría generar ese efecto.

En todo caso, lo previsto en el párrafo acusado nada tiene que ver con los recaudos para el Fondo de Solidaridad y Garantía, ni para la celebración de contratos para los efectos previstos en el artículo 215, esto es, para financiar el FOSYGA. Esta disposición señala:

**ARTICULO. 215.- Administración del régimen subsidiado.** Las direcciones locales, distritales o departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las entidades promotoras de salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. **Estos contratos se financiarán con los recursos del fondo de solidaridad y garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.**

Las entidades promotoras de salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el plan de salud obligatorio.

**PARAGRAFO.-** El Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las entidades promotoras de salud para administrar los subsidios.

Tampoco con la expedición de la norma acusada se puede concluir, como lo afirma la parte actora, que el Ministerio de la Protección Social, posibilite la interrupción del flujo de recursos y

con ello se afecte el patrimonio público, pues reitera la Sala, se trata de una obligación a cargo de las EPS-S frente a las entidades territoriales de efectuar el recaudo para que fluyan los recursos en la forma prevista por el ordenamiento jurídico y sin que ello implique, una afectación al patrimonio de las EPS-S ni a la población más pobre y vulnerable del país.

En relación con la presunta violación al principio constitucional de la buena fe y el equilibrio contractual que la parte actora hace consistir en que los participantes del Sistema de Salud han sido perjudicados a pesar de que es función del Ministerio garantizar el equilibrio del Sistema General de Seguridad Social en Salud, evitar el incumplimiento reiterado del Estado y atender contra la viabilidad de las entidades que contratan de buena fe, como fundamento de la Confianza Legítima de los asociados, considera la Sala traer a colación la sentencia T-717/12, en la cual la Corte Constitucional precisó:

**“EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CONFIANZA LEGÍTIMA FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN.**

El principio de confianza legítima tiene fundamento en el principio de buena fe estipulado en el artículo 83 de la Constitución [8]<sup>6</sup>.

A partir de la norma constitucional, esta Corporación expresó que la confianza legítima “consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho” [9]

Más adelante añade la Corte los elementos que se deben presentar para que pueda configurarse la confianza legítima:

“El principio de confianza legítima, particularmente, se basa en tres presupuestos: (i) la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; (ii) una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. De esta forma, el principio de buena fe, en su

---

<sup>6</sup> [8] Art. 83: las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas.

[9] Sentencia T-527 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

[10] “Corte Constitucional, Sentencia T-660 de 2000”.

[11] En sentencia T-566 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte expresó: “(...) la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior. Sin embargo, de ello no se puede concluir la intangibilidad e inmutabilidad de las relaciones jurídicas que originan expectativas para los administrados. Por el contrario, la interpretación del principio estudiado, debe efectuarse teniendo en cuenta que no se aplica a derechos adquiridos, sino respecto de situaciones jurídicas modificables, sin perder de vista que su alteración no puede suceder de forma abrupta e intempestiva, exigiéndose por tanto, de la administración, la adopción de medidas para que el cambio ocurra de la manera menos traumática para el afectado (...)”.

[12] Sentencia T-248 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

dimensión de confianza legítima, compele a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico"[10]

De acuerdo con lo anterior, la administración no puede en forma sorpresiva modificar las condiciones en que se encuentra el administrado, el cual está convencido de que su actuar se ajusta a derecho. Así, según la Corte, este principio pretende proteger a los ciudadanos de los cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. [11]

En tal sentido, el principio de confianza legítima previene a los operadores jurídicos de "contravenir sus actuaciones precedentes y de defraudar las expectativas que se generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico"[12]

En el presente caso, al establecer la disposición acusada que las EPS del régimen subsidiado –EPS-S no pueden justificar el no giro por parte de la entidad territorial para no girar los recursos a la cuenta de Alto Costo, no significa que se hayan en forma sorpresiva modificado las condiciones para las entidades territoriales, pues no se les está eximiendo de efectuar el giro de las sumas correspondientes de la UPC-S para la cuenta de alto costo, sino exigiendo a las EPS-S que efectúen los traslados de acuerdo con lo establecido en el Decreto 050 de 2003, de manera oportuna y para

garantizar la estabilidad financiera del Sistema y la protección adecuada de los usuarios afectados por enfermedades de alto costo.

Por el contrario, acorde con el principio de la buena fe, corresponde a las entidades territoriales cumplir con sus compromisos frente al Sistema General de Social en Salud en Salud, pues de no ser así, se podrían generar las consecuencias nefastas a que se refiere la demandante, como es el desequilibrio financiero del sistema y la afectación de los usuarios del servicio.

En estos términos, la Administración no ha adoptado medidas que desconozcan el principio de la confianza legítima y por ende, lesionen de manera desproporcionada los intereses de las EPS-S, sino por el contrario, se reitera la necesidad de mantener el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de su administradora y garante de realizar la transferencia de los recursos a la cuenta de alto costo para atender las necesidades de la población afectada por enfermedades catastróficas, que por su alto costo requieren de la solvencia suficiente para garantizar el cumplimiento de los principios en que

se funda el sistema General de Seguridad Social en Salud y de la función administrativa en general.

Son estas las razones por las cuales, la Sala considera que no se desconocen los preceptos contenidos en los artículos 48, 49 y 209 de la Constitución Política, ni los artículos 2, 154 y 215 de la Ley 100 de 1993, pues en ningún momento se está justificando que las entidades territoriales no efectúen la transferencia de los recursos para la cuenta de alto costo en los términos y oportunidad previstos en el reglamento.

De otra parte, el artículo 2º del Decreto 205 de 2003, establece las funciones del Ministerio de la Protección Social, así:

**ARTÍCULO 2o.** FUNCIONES. El Ministerio de la Protección Social tendrá, además de las funciones que las disposiciones legales vigentes hayan asignado a los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud, las siguientes:

1. (...)
  2. Definir las políticas que permitan aplicar los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia, unidad e integralidad de los Sistemas de Seguridad Social Integral y Protección Social.
  3. Definir las políticas y estrategias para enfrentar los riesgos promoviendo la articulación de las acciones del Estado, la sociedad, la familia, el individuo y los demás responsables de la ejecución y resultados del Sistema de Protección Social.
- (...)

19. Dirigir y evaluar las políticas y directrices encaminadas a articular la gestión de las entidades descentralizadas del sector para garantizar la socialización de los riesgos económicos y sociales que afectan a la población, en especial la más vulnerable.

(...)

22. Velar por la viabilidad, estabilidad y equilibrio financiero de los Sistemas de Protección Social y Seguridad Social Integral y los demás sistemas asignados al Ministerio de la Protección Social y, gestionar los recursos disponibles para mejorar y hacer más eficiente su asignación. (...)"

No asiste razón a la accionante en cuanto estima que el Ministerio de la Protección Social desconoce sus funciones, pues al disponer que las EPS-S transfieran los recursos a la Cuenta de Alto Costo, está sujetándose no sólo a las funciones previstas en el citado Decreto, sino a los postulados constitucionales y legales que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para garantizar la prestación del servicio y el flujo de los recursos en la Cuenta de Alto Costo, como son los principios de solidaridad y universalidad. Tampoco afecta el equilibrio financiero del sistema por el hecho de ordenar a las EPS-S efectuar los giros de los recursos directamente de no ser girados por las entidades territoriales oportunamente, por ser garante del recaudo y transferencia de los mismos.

Al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que ampara el acto acusado, hay lugar a denegar las súplicas de la demanda, por los motivos expuestos en este proveído.

**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,**

**F A L L A :**

**DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,**

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



**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO  
GONZÁLEZ**  
Presidenta

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA**

**GUILLERMO VARGAS AYALA**