



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

**CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

**Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)**

**Radicación número: 11001 0324 000 2010 000547-00**

**Actor: MARCELA RAMÍREZ SARMIENTO**

**Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (HOY MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL)**

**Referencia: NULIDAD**

**Tesis: No vulnera el derecho a la igualdad ni los principios de proporcionalidad, eficiencia y calidad, el que se hubiese establecido un procedimiento especial para que una entidad promotora de salud pública del régimen subsidiado del orden nacional receptora de los afiliados que le hayan sido trasladados, cedidos o asignados de manera excepcional; pudiera retirarse voluntariamente de una entidad territorial sin que ello produjera efectos sobre**



**la autorización para operar en el respectivo departamento o región ni generara sanciones por ese motivo.**

La Sala procede a decidir en única instancia la demanda de nulidad interpuesta por la señora MARCELA RAMÍREZ SARMIENTO, en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1. LA DEMANDA**

La ciudadana MARCELA RAMÍREZ SARMIENTO, en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo- Decreto 01 del 2 de enero de 1984, presentó demanda<sup>1</sup> en contra del Ministerio de la Protección Social, con la pretensión que se declare la nulidad del artículo primero del Decreto 2969 del 6 de agosto de 2010, “*Por el cual se establece un procedimiento especial para el retiro voluntario de EPS S de una entidad territorial*”, que textualmente dice:

[...]

***Decreto 2969 de 2010***

***(Agosto 6)***

***Por el cual se establece un procedimiento especial para el retiro voluntario de EPS S de una entidad territorial***

***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, en especial, de los artículos 212, 215 y 216 de la Ley 100 de 1993,***

---

<sup>1</sup> Folios 42 a 61 cuaderno principal.



### **DECRETA:**

**Artículo 1°.** *Cuando la EPS-S receptora a la que se refiere el numeral 1 del artículo 2° del Decreto 1024 de 2009, a la cual se hayan trasladado, cedido o asignado los afiliados de manera excepcional en virtud de las normas que regulan la operación del Régimen Subsidiado, manifieste en cualquier momento de la vigencia del contrato de aseguramiento la decisión de retiro de una entidad territorial, deberá dar aviso a la respectiva entidad y a la Superintendencia Nacional de Salud, con sesenta (60) días calendario de anticipación a la fecha en que deba hacerse efectivo el retiro, el cual deberá producirse en cualquier caso antes del próximo giro anticipado de la UPC-S.*

*El retiro en los términos del presente decreto no produce efectos frente a la autorización para operar en el respectivo departamento o región en la que se encuentre operando ni genera sanciones por este motivo.*

*Dentro del plazo previsto para el aviso, los afiliados ejercerán el derecho a la libre escogencia y traslado a otra EPS S debidamente autorizadas para operar en la misma entidad territorial.*

*Los afiliados deberán cumplir con el período mínimo de permanencia en la EPS S a la que se trasladen.*

*La entidad territorial como responsable del aseguramiento de la población en su territorio, deberá organizar el proceso de traslado y garantizar el ejercicio a la libre escogencia por parte de los afiliados, para lo cual adoptará las medidas a que haya lugar, dentro de sus competencias constitucionales y legales, con el propósito de restablecer y garantizar la oferta aseguradora, entre esas medidas podrá convocar y permitir la inscripción de manera excepcional de otras EPS-S que no operen en su territorio.*

*La entidad territorial deberá liquidar con la EPS-S los contratos de aseguramiento para el Régimen Subsidiado que estuvieran vigentes o los que estuviesen sin liquidar, en los términos previstos en la Ley 1122 de 2007, contados a partir de la fecha en que se hizo efectivo el retiro. En la liquidación y en el pago de las obligaciones deberá priorizarse las atenciones de alto costo y lo contratado con la red pública hospitalaria.*

*[...]*

*(se destaca)*

## **1.2. Normas invocadas como infringidas y concepto de violación**



La demandante considera que con la expedición del acto acusado se vulneraron los artículos 13, 14, 48, 49, 209 y 333 de la Constitución Política; los artículos 1, 2, 156, 160, de la Ley 100 de 1993, y el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Como razones de violación expuso los siguientes:

#### **1.2.1. Los principios fundamentales del Régimen Subsidiado en Salud:**

Consideró que era importante dejar claros los principios y lineamientos que constituyen los pilares fundamentales del Sistema General de Seguridad Social en Salud con relación a los cuales, afirma, se demuestra la flagrante transgresión por parte del Presidente de la República al expedir el artículo 1 del Decreto 2969 de 2010.

Argumentó que en 1993, bajo las políticas de un modelo neoliberal, fue expedido el Sistema General de Seguridad Social en Salud, creado en el marco de una política pública que busca mediante la transformación estructural responder a cuestiones políticas y económicas, tales como reducir la participación del Estado, los costos de origen público en salud, la consecución de los objetivos de eficiencia y equidad en la cobertura, la eficacia en el uso de los recursos de las diferentes etapas para la atención efectiva de la salud y la necesidad de unificar la reglamentación.

Expuso que el diseño básico del sistema actual tiene los siguientes contornos: se creó un engranaje de acceso a los servicios de salud mediante dos regímenes, el contributivo y el subsidiado; el primero cuya vinculación se



hace a través del pago de una cotización individual y familiar, o un aporte económico previo; y el subsidiado, en el cual se encuentran afiliadas las personas más pobres, mediante el pago de un subsidio reconocido por el Estado.

Afirmó que como parte fundamental del sistema se instauró la participación del sector privado en conjunto con el sector público de manera regulada, donde los afiliados tienen libertad de escogencia.

En cuanto a las características financieras de los dos regímenes, explicó que, mientras el contributivo es financiado principalmente por las cotizaciones de los afiliados con capacidad de pago, el subsidiado lo financia principalmente el Estado mediante un subsidio que administran los entes territoriales, quienes traspasan la mayoría de estos recursos a las entidades promotoras de salud de este régimen para su administración.

Agregó que las fuentes de financiación del régimen subsidiado son básicamente los recursos de la Nación, los propios de los entes territoriales y los del Fosyga, que son trasladados a las entidades territoriales para que éstas, de acuerdo con sus competencias, los distribuyan en “subsidio a la demanda”, que es el pago a las EPSS para garantizar continuidad y ampliación de coberturas de afiliación en término de número de personas afiliadas por municipio.

Adujo que, con el fin de optimizar la operación de dicho régimen en el país, se planteó un esquema de operación regional de las EPSS, para garantizar una mayor estabilidad financiera, capacidad resolutoria y una mejor capacidad de inspección, vigilancia y control, estableciéndose para ello cinco regiones



de operación y un proceso de habilitación de las entidades por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, como condición básica que permite la operación de dichas entidades y la inscripción de las EPSS en un municipio de una región determinada, lo que involucra la exigencia de unos requisitos de operación y de permanencia.

Indicó que para su permanencia y operación en más de una de las regiones, las EPSS deben acreditar un número mínimo de afiliados en los términos del Decreto 515 de 2004 y cuando deseen retirarse voluntariamente, según el mismo decreto, informar su decisión a la Superintendencia Nacional de Salud con una anticipación no inferior a cuatro meses, con un plan claro que garantice el traslado de los afiliados a otra entidad, y cuando ceda los contratos de régimen subsidiado, tiene que asumir las consecuencias establecidas en el Decreto 1024 de 2009, con la imposibilidad de contratar nuevamente con el correspondiente ente territorial por tres años.

Planteó que de acuerdo con los procesos establecidos por el Ministerio de la Protección Social para la gestión municipal del régimen subsidiado, el ente territorial debe hacer la selección e inscripción de las EPSS autorizadas y habilitadas en el municipio que permitan al potencial beneficiario elegir la de su preferencia.

Explicó que para tales efectos el ente territorial recibe de las EPSS que deseen operar en el municipio la solicitud formal con la documentación soporte, el ente territorial verifica que la EPSS esté habilitada para operar por resolución de la Superintendencia Nacional de Salud y haya sido seleccionada y autorizada en la región o el departamento según resolución emitida por el Ministerio de la Protección Social; posteriormente se elabora



una resolución de aprobación de operación en el municipio y es inscrita formalmente mediante acto administrativo y audiencia pública.

Aseveró que a partir de lo dicho, es posible distinguir varios temas fundamentales; que la seguridad social se encuentra bajo la dirección, coordinación y control del Estado conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad así como los demás principios constitucionales y legales; la participación privada es parte fundamental del Sistema de Seguridad Social en Salud; el proceso de habilitación de las EPSS involucra la exigencia de unos requisitos de operación y otros de permanencia, entre otros.

#### **1.2.2. El derecho a la igualdad, la participación privada como parte fundamental del diseño del Sistema de Salud:**

La actora afirma que la norma demandada contiene claras irregularidades, pues prevé una discriminación injustificada en el trato que se da a las EPSS privadas versus la EPSS pública del orden nacional, siendo la única CAPRECOM, puesto que cualquier EPSS debe asumir las consecuencias de su retiro y cesión de contratos del régimen subsidiado en un municipio o en una región en términos de aviso con una antelación mínima de cuatro meses, disminución de afiliados mínimos para participar en determinada región, imposibilidad para contratar por tres años y afectación de los demás requisitos de habilitación; sin embargo, CAPRECOM puede retirarse del municipio donde opera sin mayores requisitos y ninguna consecuencia.

Estimó que, por lo tanto, se otorga un trato discriminatorio e injustificado a las EPSS privadas, puesto que están en la misma situación de hecho que las



denominadas Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado de naturaleza pública, lo que conlleva una restricción irrazonable y desproporcionada a la libertad de empresa y de competencia económica en el Sistema de Salud a los que se refieren los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, que se caracteriza por una fuerte intervención estatal pero con garantía de la iniciativa privada.

Puso de presente que, tal como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-1041 de 2007, la participación privada es parte fundamental del diseño del Sistema de Seguridad Social en Salud y se encuentra altamente regulada.

### **1.2.3. El juicio de proporcionalidad y los principios de eficiencia y calidad:**

La demandante estima que no existe evidencia relevante que permita demostrar que se consigue eficiencia en el Sistema de Salud otorgando condiciones especiales a CAPRECOM para que pueda retirarse de un municipio sin consecuencia legal alguna.

Adujo que CAPRECOM, como única entidad promotora de salud del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional, ha sido cuestionada porque allí imperan altos niveles de ineficiencia; prueba de ello es que en 1997 la Superintendencia Nacional de Salud le suspendió el certificado de autorización de funcionamiento como EPS por insuficiencia en la infraestructura administrativa, utilización de los recursos recaudados como ingresos propios, deficientes sistemas de información, incumplimiento del proceso de compensación y discrepancia de los procesos contables y financieros con respecto a la normatividad existente.



Explicó que la Ley 419 de 1997 autorizó al Ministerio de Hacienda para reconocer como deuda pública de la Nación las obligaciones pendientes de pago de Caprecom en el Régimen Contributivo por \$87 mil millones y obligó a la entidad a suscribir un convenio de desempeño que estableciera los mecanismos para garantizar el equilibrio financiero y el cumplimiento de la normatividad, so pena de liquidarla después de 6 meses.

Adujo que en mayo de 2002 la Supersalud ordenó la intervención administrativa total de la EPS Caprecom con fundamento en el informe técnico de evaluación de la entidad que evidenciaba deterioro en la evolución financiera y administrativa, con alto riesgo para su operación futura y la prestación de los servicios de salud a los afiliados.

A su vez, mediante la Resolución 326 del 13 de marzo de 2003, la Superintendencia Nacional de Salud revocó el certificado de funcionamiento a Caprecom como EPS para administrar y operar los regímenes contributivo y subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Consideró que todo este panorama permite concluir que las finalidades de las normas superiores no se cumplen en manera alguna con lo dispuesto por el artículo demandado y produce una disminución en la calidad del servicio de salud en el Régimen Subsidiado, transgrediendo los principios de eficiencia y eficacia así como los derechos a la vida e integridad física de los afiliados. Además de ser abiertamente irrazonable y desproporcionada porque no responde a ningún tipo de fundamentación técnica.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**



El Ministerio de la Protección Social, por conducto de apoderada, contestó la demanda en oportunidad, solicitando sean desestimadas las pretensiones con fundamento en lo siguiente:<sup>2</sup>

Sostuvo que la norma acusada no vulnera el derecho a la igualdad, ni desconoce la importancia de la participación privada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud; con el fin de establecer el marco normativo que dio origen a la norma acusada, dijo que era necesario precisar lo siguiente:

El artículo 53 del Acuerdo 244 de 2004, modificado por el artículo 7 del Acuerdo 294 de 2009, determinó el procedimiento para la afiliación en circunstancias excepcionales, con miras a garantizar la continuidad del aseguramiento de la población afiliada al régimen subsidiado en los casos de revocatoria de la autorización para la operación o funcionamiento, o de la habilitación, disolución y liquidación; terminación unilateral de los contratos; declaratoria de caducidad del contrato de aseguramiento; nulidad de los mismos; retiro por incumplimiento de participación mínima en el mercado dentro de un municipio; no suscripción o renovación del contrato de aseguramiento por aplicación del artículo 36 del Decreto 050 de 2003.

Argumentó que la misma norma estableció el procedimiento a seguir, y es que las entidades territoriales informen de forma inmediata a la entidad territorial departamental y a la Superintendencia Nacional de Salud la ocurrencia de cualquiera de dichas circunstancias y mientras no se haga

---

<sup>2</sup> Folios 99 a 119 cuaderno único.



dicha comunicación la entidad municipal debe asumir todos los costos que se generen por la atención de los afiliados.

A su vez, las entidades territoriales informarán a los beneficiarios, al día siguiente a la ocurrencia de cualquiera de las circunstancias anunciadas, que la ARS a la que están afiliados no continuará operando y que la asignación de afiliados será realizada por el respectivo departamento el mismo día a las ARS restantes, estableciendo la manera en que deben ser distribuidos los afiliados, indicarles la ARS que les correspondió y la posibilidad que tienen de libre elección para el siguiente período de contratación, así como las reglas en que deberán serles prestados los servicios.

Por su parte, el Decreto 1024 de 1999 estableció que, para garantizar la continuidad de la afiliación, la Superintendencia Nacional de Salud podía autorizar la cesión de contratos en el régimen subsidiado cuando, por solicitud motivada de la entidad territorial, se acreditara la existencia de circunstancias que impidieren adelantar el procedimiento de que trata el artículo 53 del Acuerdo 244, modificado por el artículo 7 del Acuerdo 294, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y en el artículo 2 dispuso que, para efectos de la cesión de contratos en el Régimen Subsidiado autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, implicaba el traslado de los afiliados a la entidad promotora de salud del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional a partir del acto de cesión, sin perjuicio de la garantía de la libre escogencia de los afiliados.

La apoderada afirmó que de lo establecido en dichas normas se desprende que el Gobierno Nacional, con el propósito de brindar protección a los afiliados cuyos contratos de Régimen Subsidiado fueran objeto de cesión y



garantizar la continuidad de la atención de su derecho a la salud, implementó una medida mediante la cual la entidad pública fue la depositaria de una función de garantía temporal del servicio de salud y de ordenación del proceso de traslado, con la limitante de libre elección.

Agregó que establecer este traslado excepcional tenía un objetivo explícito, cual era garantizar la continuidad de la afiliación inmediata de la población de las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, cuando se presenten circunstancias que impidan y pongan en riesgo la confianza pública en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Aludió que la solicitud motivada de la entidad territorial que acreditara la existencia de circunstancias que impidieran adelantar el procedimiento de que trata el artículo 53 del Acuerdo 244, modificado por el artículo 7 del Acuerdo 294, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, o las normas que lo desarrollen, adicionen o modifiquen, la Superintendencia Nacional de Salud podría autorizar la cesión de los contratos en el régimen subsidiado, tratándose de una situación muy concreta y excepcional prevista para garantizar el derecho a la salud, dado que el proceso de traslado recae sobre la entidad pública, así como una serie de obligaciones consustanciales que asume como parte del Estado.

Concluyó que, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional, el derecho a la igualdad no es absoluto<sup>3</sup> y se trata de un derecho relacional, esto es, que involucra usualmente la distribución de cargas, bienes o derechos constitucionales o legales<sup>4</sup> y su efectiva garantía no se traduce en una

---

<sup>3</sup> Citando para ello la sentencia T-067 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>4</sup> Sentencia T-360 de 2002.



paridad mecánica y matemática<sup>5</sup>, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las condiciones del sujeto<sup>6</sup>.

Argumentó que la sentencia de constitucionalidad citada por el demandante, C-1047 de 2001, sobre el derecho de igualdad ante la ley, impone al legislador otorgar el mismo tratamiento a todas las personas que están en el mismo supuesto de hecho, lo que en el caso no ocurre, puesto que la EPSS pública del orden nacional fue la que por disposición del Gobierno Nacional asumió en un principio el deber de garantizar la continuidad del aseguramiento de la población afiliada al Régimen Subsidiado una vez se autorizara la cesión de contratos de dicho régimen, y por ende las EPSS privadas del país no están en la misma situación de hecho que la norma previamente había puesto en cabeza sólo de la EPSS pública del orden nacional.

Consideró que, establecida la diferencia de trato de la EPSS pública frente a las EPSS restantes, se observa que no están en la misma situación y se persigue una finalidad constitucionalmente válida; tanto es así que, en aras de garantizar la libertad de empresa, el Estado no puede poner a una EPSS en una situación que le resulte gravosa y esta afiliación dada bajo circunstancias excepcionales solo se hace a la EPSS pública. Por lo tanto, la discriminación introducida en la norma resulta razonable y proporcionada.

Indicó que también se respeta la participación privada dentro del Sistema de Salud toda vez que el retiro al que hace referencia la norma demandada no puede ser aplicable a las EPSS privadas, en razón a que ninguna de ellas

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-040 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>6</sup> Sentencias C-345 de 1993 y C- 058 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



fue puesta en el supuesto de hecho del cual solo fue titular y garante la EPSS pública del orden nacional que, al ser obligada a garantizar una afiliación bajo la ocurrencia de circunstancias excepcionales, no puede verse forzada de manera indefinida a permanecer bajo esta condición si le representa una situación gravosa y menos ser sancionada ante la ocurrencia de un hecho que ninguna otra EPSS debe soportar.

Sostuvo que la norma acusada es proporcional y obedece a los principios de eficiencia y calidad por lo siguiente:

Dadas las circunstancias establecidas por el Decreto 1024 de 2009, el cual asignó unas consecuencias específicas en función de los intereses superiores de la colectividad, ello representa que la entidad pública no está recibiendo un privilegio o prerrogativa sino una medida proporcional a la carga que le fue impuesta, y se brinda protección a los afiliados cuyos contratos del régimen subsidiado fueran objeto de cesión, sin que por ello la EPSS pública del orden nacional deba estar obligada a soportar un daño que, eventualmente, pudiere ocurrirle si le resulta gravosa la prestación del servicio, y menos soportar una sanción por una situación que le fue impuesta, con lo cual se buscó exclusivamente garantizar la continuidad de la atención del derecho a la salud.

Estimó que la norma demandada resulta proporcional y respeta los principios de eficiencia y calidad, pues se adecúa claramente al objetivo que es permitir que la medida inicial prevista por el Decreto 1024 de 2009 pudiera ser transitoria; por lo tanto, la disposición reglamentaria no constituye un privilegio porque responde armónicamente a las responsabilidades que asumió el Estado frente a la población, considerando que al Gobierno



Nacional no le está dado causar daño o imponer una carga injusta y gravosa a la entidad sobre la que se apalancó en un principio la continuidad del aseguramiento en el Régimen Subsidiado. Por ende, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

### **III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Por auto del 23 de agosto de 2013 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y el concepto respectivamente<sup>7</sup>; sin embargo las partes guardaron silencio.

### **IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El agente del Ministerio Público quien actúa como Delegado ante esta Corporación rindió concepto en tiempo,<sup>8</sup> solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda.

Arguyó que la norma demandada posibilita a las entidades promotoras de salud públicas del orden nacional que manifiesten su decisión de retiro de una entidad territorial durante la vigencia del contrato de aseguramiento, no se les apliquen los efectos que el mismo Decreto 1024 de 2009 prevé para la cesión de los contratos en el régimen subsidiado, en especial, los establecidos en el numeral 3° del artículo 2, relativos a la imposibilidad de la entidad cedente de contratar con la respectiva entidad territorial de la cual

---

<sup>7</sup> Folio 154 cuaderno único.

<sup>8</sup> Folios 157 a 162 cuaderno único.



cede los contratos, durante el término de tres años a partir de la cesión que le ha sido autorizada.

Consideró que el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 1024 de 2009 presenta el mismo vicio que se le endilga a la norma demandada, es decir, la violación del derecho a la igualdad de las entidades promotoras de salud privadas, puesto que, por regla general, éstas concurren en igualdad de condiciones en el mercado de atención en salud sin que exista justificación para que el traslado de los afiliados no pueda surtirse con otras entidades promotoras de salud del régimen subsidiado.

Adujo que el Gobierno Nacional, sin justificación, prefiere acudir en los eventos de cesión de contratos del régimen subsidiado a las entidades promotoras de salud públicas del orden nacional para realizar el traslado de sus afiliados y, con base en dicha preferencia, construye otra preferencia consistente en que, cuando decida retirarse del ente territorial, no le sean aplicables las sanciones que establece el ordenamiento jurídico en caso de cesión sin que exista una razón válida para el trato diferenciado, restringiéndose con ello de forma grave la libre competencia en el mercado de salud, al punto que no permite a las entidades privadas concurrir con las públicas en la afiliación de los usuarios en los eventos de cesión de los contratos del régimen subsidiado.

Citó la sentencia C- 368 de 2012 en donde la Corte Constitucional indicó que, no obstante la potestad de regulación, ésta no tiene carácter ilimitado sino que debe compatibilizarse con otros principios constitucionales igualmente relevantes como la libre competencia y la libertad de escogencia por parte del usuario.



Conceptuó que por ello deben desaparecer del ordenamiento jurídico los apartes *“a la que se refiere el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 1024 de 2009”* y *“el retiro en los términos del presente decreto no produce efectos frente a la autorización para operar en el respectivo departamento o región en la que se encuentre operando ni genera sanciones por este motivo”*, por considerarlos violatorios del artículo 13 de la Constitución Política.

Por último, estimó que la actora no concretó los motivos por los cuales los artículos 14, 48, 49, 209 y 333 de la Constitución Política; los artículos 1,2, 156 y 160 de la Ley 100 de 1993 y 14 de la Ley 1122 de 2007 fueron violadas por la disposición demandada.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **4.1. Cuestión previa**

Mediante providencia del 11 de noviembre de 2016<sup>9</sup> el Despacho sustanciador aceptó el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Roberto Augusto Serrato Valdés, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, dado que rindió concepto en este asunto en calidad de Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa<sup>10</sup>. En consecuencia, fue separado del conocimiento y decisión de este proceso.

---

<sup>9</sup> Folios 179 a 180 cuaderno único.

<sup>10</sup> Folios 177 y 178 cuaderno único.



## **4.2. Competencia**

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política, 11, 34 y 36 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia- Ley 270 del 7 de marzo de 1996, 84 del Código Contencioso Administrativo- Decreto 01 del 2 de enero de 1984 y 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, expedido por la Sala Plena de la Corporación, esta Sección es competente para conocer de la presente demanda.

## **4.3. Análisis del caso:**

El acto demandado corresponde al artículo primero del Decreto 2969 del 6 de agosto de 2010 expedido por el Gobierno Nacional, que establece un procedimiento especial para que la Empresa Promotora de Salud pública del Régimen Subsidiado del orden nacional, receptora de los afiliados que le hayan sido trasladados, cedidos o asignados de manera excepcional, pueda retirarse voluntariamente de una entidad territorial sin que ello produzca efectos sobre la autorización para operar en el respectivo departamento o región ni genere sanciones por ese motivo.

Por consiguiente, acorde con lo expuesto en la demanda y su contestación, a la Sala le corresponde determinar si el procedimiento especial allí previsto vulnera el derecho a la igualdad, así como los principios de proporcionalidad, eficiencia y calidad.

La Sala recuerda que en la demanda se afirma que el artículo primero del decreto acusado vulnera los artículos 13, 14, 48, 49, 209 y 333 de la Constitución Política; los artículos 1, 2, 156, 160, de la Ley 100 de 1993, y el



artículo 14 de la Ley 1122 de 2007; por lo tanto, corresponde resolver si tal precepto es violatorio o contradice dichos artículos, los cuales disponen:<sup>11</sup>

### **Constitución Política:**

**“ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

**“ARTICULO 14.** Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

**“ARTICULO 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

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

---

<sup>11</sup> Los apartes que se subrayan son los que la actora citó como infringidos.



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. (...)"

**“ARTICULO 49.** <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

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

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

**“ARTICULO 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.”

“**ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

**Ley 100 del 23 de diciembre de 1993<sup>12</sup>:**

“**ARTÍCULO 1o. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.** El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos

---

<sup>12</sup> Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones



irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

El sistema 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, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.”

**“ARTÍCULO 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 régimen 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.

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

**“ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** <Artículo

condicionalmente EXEQUIBLE> 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;

g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.

(...)"

**“ARTÍCULO 160. DEBERES DE LOS AFILIADOS Y BENEFICIARIOS.** Son deberes de los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes:

(...)

3. Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar.

4. Suministrar información veraz, clara y completa sobre su estado de salud y los ingresos base de cotización.



(...)"

### **Ley 1122 del 9 de enero de 2007<sup>13</sup>**

“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. (...)"

Para contextualizar el ámbito de aplicación del decreto acusado es menester tener en cuenta lo siguiente:

4.3.1. El artículo 230 de la Ley 100 de 1993 previó que la Superintendencia Nacional de Salud ejerce las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las Entidades Promotoras de Salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, y tiene la competencia para la imposición de sanciones, así:

*“[...] **ARTÍCULO 230. RÉGIMEN SANCIONATORIO.** La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de solidaridad y Garantía.*

---

<sup>13</sup> Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.



*El certificado de autorización que se le otorgue a las Empresas Promotoras de Salud podrá ser revocado o suspendido por la Superintendencia mediante providencia debidamente motivada, en los siguientes casos:*

- 1. Petición de la Entidad Promotora de Salud.*
- 2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización.*
- 3. Cuando la entidad no haya iniciado su actividad en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de autorización.*
- 4. Cuando la entidad ejecute prácticas de selección adversa.*
- 5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el Plan de Salud Obligatorio.*

**PARÁGRAFO 1o.** *El Gobierno reglamentará los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otros mecanismos aplicables a las entidades promotoras y prestadoras que permitan garantizar la adecuada prestación del servicio de salud a que hace referencia la presente Ley, protegiendo la confianza pública en el sistema.*

**PARÁGRAFO 2o.** *La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las Entidades Promotoras de Salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica. [...]*

4.3.2. A su vez el Decreto 1024 de 2009 reglamentó parcialmente el artículo 230 de la Ley 100 de 1993, con el fin de asegurar la continuidad en el aseguramiento y en la prestación del servicio de salud en el régimen subsidiado, bajo las siguientes consideraciones:

(i) Que corresponde al Estado garantizar el acceso a la salud de la población colombiana; (ii) que este goza de las facultades de intervención para garantizar la observancia de los principios constitucionales que informan el Sistema General de Seguridad Social en Salud; (iii) que según el parágrafo 1 del artículo 230 de la Ley 100, concierne al Gobierno Nacional reglamentar la cesión de contratos para asegurar la adecuada prestación del servicio de



salud protegiendo la confianza pública en el Sistema y la continuidad de la afiliación inmediata de la población de las entidades promotoras del régimen subsidiado cuando se presenten circunstancias que impidan y ponen en riesgo la confianza pública y (iv) la necesidad que el aseguramiento se realizara a través de una entidad pública del orden nacional de manera excepcional, sin menoscabo del derecho a la libre escogencia.

4.3.3. Con fundamento en lo anterior, y para garantizar la continuidad de la afiliación, el Decreto 1024 de 2009 facultó a la Superintendencia Nacional de Salud para autorizar la cesión de contratos en el régimen subsidiado cuando, a solicitud motivada de la entidad territorial, se acreditara la existencia de circunstancias que impidieran adelantar el procedimiento de que trata el artículo 53 del Acuerdo 244, modificado por el artículo 7 del Acuerdo 294 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud<sup>14</sup>, o las normas que lo desarrollen, adicionen o modifiquen. (Artículo 1º).

4.3.4. Frente a los efectos de la cesión de contratos en el régimen subsidiado autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, el mismo decreto previó los siguientes: (artículo 2 *ejusdem*)

- El traslado de los afiliados a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional, a partir del acto de cesión, sin perjuicio de la garantía de libre escogencia.

---

<sup>14</sup> El artículo 53 del Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud “*por medio del cual se definen la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, estableció el **Procedimiento para la afiliación en circunstancias excepcionales**. Modificado por el art. 7, Acuerdo del C.N.S.S.S. 294 de 2005. (derogado por el artículo 96 del Acuerdo 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud).



- La continuidad del aseguramiento de los afiliados a cargo de la entidad cesionaria.
- La imposibilidad de la entidad cedente de contratar con la respectiva entidad territorial de la cual cede los contratos, durante el término de tres (3) años contados a partir de la cesión de los contratos autorizados.
- La obligación de la entidad cesionaria de entregar un nuevo carné a los afiliados dentro de los 30 días calendario siguientes a la cesión del contrato, siempre que la misma se produzca cuatro meses o más de terminación del respectivo contrato.
- Los demás efectos consustanciales a la cesión de contratos y los inherentes a las condiciones propias del régimen subsidiado.

4.3.5. Adicionalmente, dispuso que la entidad promotora de salud del régimen subsidiado que se retirara voluntariamente del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sería objeto de la revocatoria parcial de la habilitación en el departamento en el cual se encontrara ubicado el municipio del que se retira por el término de tres (3) años contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo expedido por la Superintendencia Nacional de Salud.

4.3.6. No obstante lo anterior, el Decreto 2969 de 2010, previó en el artículo primero que cuando se tratara de la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional a la cual se le hubieran trasladado, cedido o asignado los afiliados de manera excepcional,



podía manifestar en cualquier momento de la vigencia del contrato de aseguramiento la decisión de retiro de una entidad territorial, con la sola condición de dar aviso previo a la respectiva entidad y a la Superintendencia Nacional de Salud, con sesenta (60) días calendario de anticipación a la fecha en que se haría el retiro efectivo, que en todo caso debía producirse antes del próximo giro anticipado de la unidad de pago por capitación subsidiada (UPC-S).

4.3.7. Del mismo modo, dicho decreto 2969 indicó que el retiro en los términos antes señalados no producía efectos frente a la autorización para operar en el respectivo departamento o región en la que se encontrara operando la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional a la cual se le hubieran trasladado, cedido o asignado los afiliados de manera excepcional, ni generaba sanciones por ese motivo, preceptiva frente a la cual afirma la demandante genera la transgresión de los artículos 14, 48, 49, 209 y 333 de la Constitución Política; 1, 2, 156, 160, de la Ley 100 de 1993, y el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007; sin embargo, al comparar la disposición demandada con estos preceptos, la Sala no observa en qué medida los infringió, ni la demandante cumplió con la carga de explicar tales razones, por lo que, sin ser necesario entrar en otras consideraciones, los cargos respectivos no están llamados a prosperar.

El análisis subsiguiente, en consecuencia, se concretará en estudiar el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, cuyos razonamientos sí fueron expuestos por la actora.



Para que se cause vulneración del derecho a la igualdad, la diferencia de trato debe comportar un carácter injustificado; así lo ha señalado la Corte Constitucional al disponer<sup>15</sup>:

*“[...] Como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental.*

*(...) a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional.*

*En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación.*

*(...)*

*Ahora bien, la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío, por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinormatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad – al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un*

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 818 del 13 de octubre de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



*mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero, sobre todo cuando va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación.*

*Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables. [...]"*

En el asunto bajo examen, bien puede observarse que la disposición acusada establece unas condiciones de retiro que aplican exclusivamente a la EPS S pública, porque se predicen de una situación en la que solo ella podría estar, como es que fuera receptora, de manera excepcional, de afiliados trasladados, cedidos o asegurados forzosamente, en virtud de normas aplicables al régimen subsidiado, condición que solamente fue prevista para esa entidad.



Por consiguiente, no puede predicarse la existencia de un trato idéntico, pues el procedimiento especial establecido para el retiro voluntario de una entidad territorial por parte de la entidad promotora de salud del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional obedece a que se constituyó en la receptora de los afiliados que le hubieren trasladado, cedido o asignado de manera excepcional, situación que no cobijaba a las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado privadas.

Tratándose en consecuencia de una muy particular situación, en la que sólo la entidad destinataria de la norma enjuiciada podría estar, se concluye la imposibilidad de argüir de la misma, infracción al principio de igualdad, pues las demás EPS que operaban en el régimen subsidiado no se encontrarían en una situación idéntica o semejante, por lo que el régimen allí definido en nada los afectaría.

Por la misma razón no se observa el motivo por el cual podrían vulnerarse los principios de proporcionalidad, eficiencia y calidad, dado que la disposición acusada se limita a regular una muy particular situación en la que se pudiera hallar la EPS S de carácter público, que no tiene comparación con situaciones equivalentes de las EPS S del sector privado.

A lo dicho se agrega que este régimen excepcional, acusado bajo otros aspectos por infringir el derecho a la igualdad, ya ha sido objeto de pronunciamiento por esta Sección, ratificando su legalidad. Así, al estudiar el



aparte subrayado del numeral 1 del artículo 2º del Decreto 1024 de 25 de marzo de 2009, expedido por el Gobierno Nacional, que disponía<sup>16</sup>:

*“[...] Artículo 2º. Efectos de la cesión de contratos en el Régimen Subsidiado autorizada. La cesión de contratos en el régimen subsidiado autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, implica:*

*1. El traslado de los afiliados a la Entidad Promotora del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional, a partir del acto de cesión, sin perjuicio de la garantía de libre escogencia conforme a lo previsto en el presente decreto. [...]”*

Dijo la Sala:

***“[...] 4.3.2. Sistema de Seguridad Social en Salud establecido por el legislador. Regímenes de administración del Sistema***

***4.3.2.1. Conforme a las normas antes citadas, es claro que la Constitución Política no optó por un modelo determinado de sistema de seguridad social en salud, pues no consagró en efecto un sistema de carácter estrictamente público ni uno puramente privado. En las disposiciones sobre la materia el Constituyente dejó en manos del legislador la definición de dicho modelo<sup>17</sup>.***

*(...)*

*En ese orden, en ejercicio de su facultad de libre configuración, el legislador optó por un modelo de seguridad social en salud que permite*

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 10 de abril de 2014. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Expediente radicación número: 11001-03-24-000-2010-00042-00.

<sup>17</sup> A este respecto precisamente la Corte Constitucional en la sentencia C-791 de 2002 sostuvo lo siguiente: “ [...] Teniendo en cuenta su naturaleza de derecho prestacional, la Constitución no optó por un único modelo en esta materia sino que confió al Legislador la tarea de configurar su diseño, por ser éste el foro de discusión política y democrática por excelencia donde deben ser analizadas reposadamente las diferentes alternativas a la luz de las condiciones económicas, los esquemas institucionales y las necesidades insatisfechas (entre otros factores), teniendo siempre como norte su realización progresiva en cuanto a calidad y cobertura se refiere. Así, por ejemplo, la Carta no establece un sistema de salud y seguridad social estrictamente público ni prefiere uno de carácter privado, sino que deja a la ley la regulación de ese punto.” Ciertamente, en su artículo 48 señala la Carta Política que la seguridad social puede ser prestada “por entidades públicas o privadas, **de conformidad con la ley**” (negritas de la Sala).



*la concurrencia del Estado y de los particulares en la prestación del correspondiente servicio público, dentro del esquema de libre competencia y de libertad de empresa, pero bajo una estricta intervención estatal.*

*(...)*

#### **4.3.3. La libertad económica, de empresa y de competencia en materia de seguridad social en salud. Intervención del Estado en el servicio público de salud: contenido y alcance.**

*El legislador al diseñar el modelo de seguridad social en salud -como antes se dijo- abrió unos espacios para la concurrencia privada en condiciones de libre competencia económica y de libertad de empresa, pero dejó en claro igualmente que el ejercicio de estas libertades sólo puede darse en el ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social.*

*La Corte Constitucional en distintos pronunciamientos se ha ocupado del tema delimitando el contenido y alcance de las libertades referidas tratándose del servicio público de seguridad social en salud y del papel del Estado frente a ellas. En la sentencia **C-616 de 2001** hizo las siguientes precisiones:*

*(...)*

*Cuando se trata del servicio público de salud la intervención del Estado es intensa y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica (CP arts 150 ord. 21, 333 y 334), sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (CP art. 26) la intervención del Estado en los servicios públicos en general (CP art. 365) y la atención de la salud en particular (CP arts. 48, 49).*

***La intervención del Estado en el servicio público de salud se funda en el modelo del Estado Social de Derecho, que impone a las autoridades públicas el deber de asumir su prestación, ya sea directamente o por medio de los particulares, y por tratarse de una actividad, en la que se manejan dineros del Sistema General de Salud por entidades privadas (EPS), el control estatal preserva la confianza pública, pues permite que estas entidades cuenten con una estructura administrativa, técnica, financiera y profesional que asegure la prestación regular, continua y eficiente del servicio de salud a los afiliados. (...)***



[...]" (destacado en la providencia)

De manera adicional en la sentencia del 10 de mayo de 2018, la Sala al resolver sobre la nulidad de un aparte del inciso tercero de la parte considerativa y del numeral 1 del artículo 2º del Decreto 1024 de 25 de marzo de 2009, analizó<sup>18</sup>:

*"[...] la Ley 100 estableció la **cesión de los contratos** de las entidades promotoras y prestadoras del servicio de salud como uno de los mecanismos aplicables a estas entidades para garantizar la adecuada prestación de este servicio **con miras a proteger la confianza pública en el sistema** cuando quiera que ésta se encuentre amenazada, y facultó expresamente al gobierno nacional para reglamentar el procedimiento respectivo.*

*La competencia asignada al gobierno nacional se contrae entonces a reglamentar un procedimiento administrativo en el que se definan los requisitos, las etapas y los trámites que se requieran para ceder un contrato de las entidades promotoras y prestadoras del servicio de salud. Este procedimiento, en consecuencia, se encuentra dirigido a la producción de un acto administrativo que autorice la cesión del contrato como una medida administrativa necesaria para proteger la confianza pública en el sistema.*

(...)

*El gobierno nacional, mediante el decreto acusado, no reglamentó en ninguno de sus apartes los referidos aspectos de la operación del régimen subsidiado de salud, sino una materia propia de su competencia como lo es el **mecanismo administrativo especial y transitorio de protección de la confianza pública en el sistema de salud consistente en la cesión de contratos del régimen subsidiado**<sup>19</sup>.*

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 2018. M.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación número: 11001-03-24-000-2009-00593-00.

<sup>19</sup> En esta misma línea el gobierno nacional, en uso de las facultades previstas en el parágrafo 1º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, expidió el Decreto 2423 de 2004, "por el cual se establecen mecanismos tendientes a garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud en el Sistema General de Seguridad Social en salud", norma ésta que tiene como objeto también proteger la confianza pública en el sistema de salud. En efecto, el objeto de esta norma reglamentaria, conforme a su artículo 1º, consiste en "[...] establecer las reglas para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados y beneficiarios, hasta tanto se haga efectivo su traslado, cuando a una entidad promotora de salud cualquiera sea su naturaleza jurídica, se le revoque el certificado de autorización total o de un ramo, programa o dependencia especial de operación del



(...)

*Atendiendo a que el traslado de los afiliados de una Empresa Promotora de Salud del régimen subsidiado a la Empresa Promotora de Salud del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional, como efecto de la cesión de los contratos de administración de los recursos de dicho régimen autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, constituye una medida administrativa para la protección de la confianza pública en el sistema de salud, adoptada en el marco de las competencias legales del gobierno nacional, a la Sala le corresponde establecer si la misma vulnera la libertad de empresa y el principio de eficiencia del servicio público de seguridad social, así como el derecho de igualdad de las EPS-S de carácter privado que están también en capacidad de recibir a tales afiliados*

(...)

Concluyendo esta última providencia citada lo siguiente:

*“[...] En criterio de la Sala, aunque observa que la disposición acusada introduciría en principio una restricción a la libertad económica de tales agentes privados del sistema de salud -en cuanto que la cesión de contratos de administración y el consiguiente traslado de afiliados se hace solo a la EPS del régimen subsidiado pública del orden nacional-, dicha medida excepcional es razonable y proporcional, responde a fines constitucionalmente legítimos y no constituye una limitación que anule la mencionada libertad ni elimine el modelo de libre competencia en el servicio de seguridad social en salud diseñado por el legislador. En efecto, como se dijo en párrafos precedentes, los derechos a la libertad de empresa y a la libertad económica de las empresas particulares prestadoras del servicio público de salud no son absolutos y, por el contrario, encuentran claras limitaciones en la protección del interés general y en la eficacia del derecho fundamental a la salud.*

*En el presente asunto se observa que los motivos que soportan la medida cuestionada se concretan en la necesidad de **garantizar una adecuada, continua y permanente prestación del servicio público de seguridad social en salud** cuando se presenten las situaciones atrás referidas que suponen la necesidad de la cesión de los contratos de administración de*

---

Sistema General de Seguridad Social en Salud o sea intervenida para liquidar por la Superintendencia Nacional de Salud. || Igualmente aplicará a las entidades públicas y a las entidades que fueron autorizadas como entidades adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuya liquidación sea ordenada por el Gobierno Nacional y a aquellas entidades que adelanten procesos de liquidación voluntaria.”



los recursos del régimen subsidiado, e igualmente de **proteger la confianza pública en el sistema de salud**, que resultaría afectada, como se explicó al resolver el cargo anterior, ante la desprotección del derecho fundamental a la salud de la población afiliada al régimen subsidiado de salud. **En esta situación se encontrarían en el evento en el cual no exista oferta de EPS-S en el municipio al que le fue autorizada la cesión de los contratos en el régimen subsidiado y mientras se surten las etapas de la convocatoria pública de que trata el artículo 54 del Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS o en el caso en que ésta no sea atendida por ninguna entidad pública o privada**, lo que supone necesariamente la imperiosa necesidad que el Estado, a través de su EPS pública del régimen subsidiado, intervenga para salvaguardar los derechos de los usuarios que no serán atendidos por otras entidades del sistema, precisamente ante la falta de la oferta requerida. [...]” (destacado en la providencia)

La disposición acusada se inscribe igualmente en lo ya dicho sobre este régimen que, de manera excepcional, prevé el mecanismo de intervención del Estado para garantizar la confianza del público en el Sistema de Seguridad Social en Salud, ante eventos que exigen tal intervención, de tal manera que los cargos formulados no están llamados a prosperar.

En conclusión, acorde con lo señalado por la Sala en otras oportunidades, siendo posible la adopción de medidas especiales y excepcionales con el fin de garantizar la continuidad en el aseguramiento y en la prestación del servicio público de salud en el régimen subsidiado, también resultaba procedente el procedimiento especial para el retiro voluntario de la empresa promotora de salud del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional, de una entidad territorial, a la cual se le hubiesen trasladado, cedido o asignado los afiliados de manera excepcional, sin que por ello se afectaran los principios de igualdad, proporcionalidad y eficiencia.



En esas condiciones, al no estar desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, ello conduce a que deban denegarse las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, pese a lo anotado, la Sala estima necesario pronunciarse sobre los efectos que produce la disposición en el caso acusada, según las razones que pasan a considerarse:

(i) El artículo primero del Decreto 2969 de 2010, demandado en este proceso, remite al numeral 1 del artículo 2 del Decreto 1024 de 2009, para confirmar que la EPSS a la cual se aplica el procedimiento especial para el retiro voluntario de una entidad territorial, según las reglas allí establecidas, esto es, sin que éste produzca efectos frente a la autorización para operar en el respectivo departamento o región en la que se encuentre operando ni genere sanciones por dicho motivo, es únicamente la EPSS de naturaleza pública del orden nacional a la que se le hayan trasladado, cedido o asignado los afiliados de manera excepcional.

(ii) Sin embargo, el Decreto 1024 de 2009 fue derogado por el artículo 12 del Decreto 3045 del 27 de diciembre de 2013, el cual a su turno dispuso la unificación de las reglas de aseguramiento, estableciendo un mecanismo único y excepcional para el traslado de los afiliados de las entidades promotoras de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica y el régimen en que operen, cuando éstas se retiren o liquiden voluntariamente, entre otras eventualidades.

(iii) En virtud de lo dispuesto por el Decreto 3045 de 2013, la asignación y traslado de los afiliados de las EPS que se retiren o liquiden voluntariamente,



ocurra la revocatoria de la autorización de funcionamiento del régimen contributivo o del certificado de habilitación para el régimen subsidiado o sean sujeto de intervención forzosa administrativa, corresponderá a las EPS que operen o sean autorizadas para operar en el mismo régimen, en el municipio o departamento en donde venían operando las primeras, sin que ninguna de las EPS habilitada o autorizada pueda negarse a recibir los afiliados asignados<sup>20</sup>.

(iv) De manera que el citado decreto 3045 consagró un mecanismo único y excepcional para el traslado de los afiliados de las entidades promotoras de salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, y el régimen en que operen dichas entidades cuando se retiren o liquiden voluntariamente, entre otras eventualidades.

(v) Por lo tanto, con la entrada en vigencia del Decreto 3045 de 2013 desapareció la restricción según la cual la única receptora de los afiliados en dicha situación era la empresa promotora de salud del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional.

(vi) No sobra destacar que, incluso el mismo decreto 3045 previó que, cuando la Superintendencia Nacional de Salud determine que no es posible la asignación de los afiliados en municipios que no cuentan con otras entidades promotoras de salud que administren el mismo régimen de aquellas que se retiran, invitará a las entidades promotoras de salud que operan en el mismo departamento o en su defecto en los departamentos circunvecinos, para que manifiesten su voluntad de recibir los afiliados. (artículo 4 Decreto 3045 de 2013).

---

<sup>20</sup> Artículo 2 del Decreto 3045 de 2013.



(vii) En cuanto a las sanciones a imponer por el retiro voluntario de las EPS del régimen subsidiado, luego de la expedición del Decreto 3045, la consecuencia es que cualquiera que fuere su naturaleza, es decir, pública o privada, en caso de que el retiro voluntario sea de forma parcial: (i) solo pueda producirse siempre y cuando hayan operado de manera continua al menos durante un año en el municipio, departamento o región de la cual pretenden su retiro y (ii) que la Superintendencia Nacional de Salud decida su retiro integral del departamento al cual pertenece el respectivo municipio.

Adicionalmente, también previó que las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado que se hayan retirado en forma parcial o total de manera voluntaria solo puedan solicitar autorización ante la Superintendencia Nacional de Salud para volver a operar una vez transcurrido un año desde la autorización de su retiro voluntario por parte de la misma superintendencia.

En efecto, el 11 del Decreto 3045 de 2013, determinó:

*“[...] **Artículo 11. Del retiro voluntario de la EPS del régimen subsidiado.** Las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado podrán solicitar autorización de retiro ante la Superintendencia Nacional de Salud en forma parcial, siempre y cuando hayan operado continuamente al menos durante un año en el municipio, departamento o región de la cual pretenden su retiro. Frente a las solicitudes de retiros parciales la Superintendencia Nacional de Salud decidirá sobre la aplicación de la obligatoriedad de su retiro integral del departamento al cual pertenece el municipio de retiro.*

***Parágrafo.** Las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado que se hayan retirado total o parcialmente de manera voluntaria, podrán solicitar autorización a la Superintendencia Nacional de Salud para volver a operar, caso en el cual la Superintendencia Nacional de Salud podrá autorizarlas siempre y cuando haya transcurrido un año desde la autorización de su retiro voluntario.*

[...]"

Por contera con la expedición de este último decreto, las diferencias frente a las sanciones que en vigencia del Decreto 2969 de 2010 no eran aplicables a la entidad promotora de salud del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional por el retiro voluntario de una entidad territorial, siempre y cuando fuera receptora de los afiliados que se le hubieren trasladado, cedido o asignado los afiliados de manera excepcional, desaparecieron.

De lo dicho, se concluye que el artículo primero del Decreto 2969 de 2010, demandado, actualmente no aplica, pues ha decaído como consecuencia de la derogación del Decreto 1024 de 2009 que establecía el régimen especial para la empresa prestadora de salud pública del régimen subsidiado del orden nacional.

En efecto, con la expedición del Decreto 3045 del 27 de diciembre de 2013 y la obligación que tienen todas las EPS S de recibir los afiliados que deban ser amparados como consecuencia del retiro de otra prestadora así como la existencia de un régimen sancionatorio único para las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado, se colige que desaparecieron los fundamentos de hecho y de derecho que justificaban la distinción a que se refería el decreto acusado.

Lo anterior teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, que dispone<sup>21</sup>:

---

<sup>21</sup> El artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 dispone que dicho código sólo se aplicará a los procedimientos y actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Sin embargo como la



*“[...] Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*

*(...)*

*2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho. [...]”*

En consecuencia, al ser derogado el Decreto 1024 de 2009, al cual se refería la norma acusada, por disposición expresa del Decreto 3045 de 2013, se desprende que desaparecieron tanto los fundamentos de hecho como el sustento normativo al cual aludía; por ende, ocurrió la pérdida de fuerza ejecutoria del acto, comúnmente conocida como decaimiento, figura frente a la cual la Sala ha dicho<sup>22</sup>:

*“[...] Al respecto, debe precisarse que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria y la consecuente inejecutabilidad de los actos administrativos no es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, pues ésta está instituida para dirimir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado<sup>23</sup>.*

*Concretamente, le corresponde a la juez contencioso administrativo declarar la nulidad de la resoluciones acusadas de conformidad con las*

---

norma mediante la cual se estableció un nuevo procedimiento para la asignación de afiliados, es decir, el decreto 3045 entró a regir el 27 de diciembre de 2013, el cual a su vez derogó el Decreto 1024 de 2009, se trata de un acto administrativo expedido en vigencia de la Ley 1437 de 2011, que entró a regir el 2 de julio de 2012 y por ello es que se cita la disposición que allí previó la pérdida de ejecutoriedad del acto, pese a que el presente proceso se rige por el Decreto 01 de 1984.

<sup>22</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Expediente radicación número: 13001-23-31-000-2004-01385-01.

<sup>23</sup> *“[...] Artículo 82. Modificado por el art. 12, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 30, Ley 446 de 1998, Modificado por el art. 1, Ley 1107 de 2006. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley [...]”.*



*causales establecidas en el ordenamiento jurídico<sup>24</sup>, esto es, por infringir las normas en que deberían fundarse, por haber sido expedidos por funcionario incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió, esto es, por vicios en los elementos de validez de los mismos.*

*Lo anterior tiene fundamento en el hecho de que la institución jurídica en comento trae sus propias causales, cuales son, que el acto administrativo haya sido suspendido provisionalmente, que hayan desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho, que al cabo de cinco (5) años de estar en firme la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlo, que se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto o cuando pierde su vigencia. [...]"*

Por las razones explicadas, la Sala observa que ocurrió la figura del decaimiento debido a que desaparecieron los fundamentos de hecho y de derecho frente a lo establecido en el artículo primero del Decreto 2969 de 2010, en virtud de la derogatoria del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 1024 de 2009 y la entrada en vigencia del Decreto 3045 de 2013.

Por último se reconocerá personería para actuar al abogado Diego Mauricio Pérez Lizcano, como apoderado del Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos del poder conferido visible de folios 165 a 176 del cuaderno único.

**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,**

---

<sup>24</sup> “[...] Artículo 84. Modificado por el art. 14, Decreto Nacional 2304 de 1989 Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió [...]”.



## **FALLA**

**Primero: DENEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones analizadas en la parte motiva.

**Segundo:** Reconocer al profesional del derecho Diego Mauricio Pérez Lizcano, identificado con la cédula de ciudadanía nro. 1.075.210.876 de Neiva y tarjeta profesional nro. 177.783 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial de la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos del poder conferido.

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

**Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,**

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**  
Presidente  
Consejero de Estado

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**  
Consejera de Estado



**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
**Consejero de Estado**