



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000232400020040058101 ACUMULADO**

**Actor: CAFESALUD EPS S.A. ANTES CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA y  
OTRAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD**

**Demandado: AUTORIDADES NACIONALES**

**Referencia: COMPETENCIA DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD  
SOCIAL EN SALUD PARA APROBAR LA METODOLOGÍA PARA LA FIJACIÓN  
DEL PORCENTAJE DE LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN UPC, OBJETO  
DE DISTRIBUCIÓN POR AJUSTE EPIDEMIOLÓGICO**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial común a todas las Entidades Promotoras de Salud EPS demandantes, contra



la Sentencia del 16 de Junio de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A que denegó la totalidad de las pretensiones de las demandas instauradas y que fueron acumuladas en este expediente.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. LA DEMANDA**

Las Entidades Promotoras de Salud CAFESALUD EPS. S.A. (2004-00581-01 inicialmente correspondió al radicado 2003-00595-01); COOMEVA EPS S.A. (2003-00587-01); EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S. S.A. 2003-00588-01); CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR (2003-00589-01); SALUD TOTAL EPS S.A. (2003-00590-01); SALUDCOOP EPS (2003-00591-01); COMFENALCO ANTIOQUIA (2003-00592-01); SUSALUD MEDICINA PREPAGADA 2003-00593-01); HUMANA VIVIR EPS S.A. (2003-00594-01); CRUZ BLANCA EPS S.A. (2003-00596-01) y COLMEDICA EPS S.A. (Antes Salud COLMENA EPS S.A.) (2003-00597-01), actuando todas por conducto del mismo apoderado judicial, demandaron en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tipificada en el artículo 85 CCA, con el fin de que se declare la siguiente:

#### **1.1. Pretensión:**

-Declarar la nulidad del Acuerdo 242 del 26 de diciembre de 2002 proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud *“Por medio del cual se aprueba el*



*porcentaje de UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico y se distribuyen unos recursos según lo dispuesto en el Acuerdo 217 del CNSSS”*

-Que como consecuencia de la nulidad solicitada, se condene al Ministerio de la Protección Social hoy Ministerio de Salud y de la Protección Social, a restablecer el derecho de la parte demandante consistente en la restitución de los dineros que las EPS se vieron obligadas a consignar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así mismo solicitan que se condene al pago de todos los perjuicios causados a las demandantes.

## **1.2. Hechos:**

Luego de haber sido reformado el texto de la demanda inicialmente presentada, los supuestos fácticos descritos por el apoderado de las actoras, se resumen así: El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS, con fundamento en los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993, expidió el Acuerdo 218 del 30 de diciembre de 2001 que fijó la Unidad de Pago por Capitación UPC para el año 2002.

Paralela a esta situación, en el seno del CNSSS, el representante del ISS insistió en la necesidad de distribuir los costos por la atención de los pacientes de enfermedades catastróficas, al considerar que se presentaba una selección adversa de estos pacientes por causas supuestamente imputables a las EPS, en detrimento del ISS. Por esta razón se expidió el Acuerdo 217 del 27 de diciembre de 2001, que de manera antitéctica e ilegal efectuó una distribución del gasto con el fin de que el ISS consiguiera los recursos provenientes de las EPS privadas argumentando una



supuesta desviación del perfil epidemiológico que nunca fue objeto de un verdadero y real análisis. En últimas dice la demandante, que el único objetivo de este Acuerdo 217, que no es objeto de nulidad, así como el del Acuerdo 242 que sí lo es, fue el de conseguir fondos para apalancar al ISS.

Afirmó el vocero de la parte actora que el Acuerdo 217 del 27 de diciembre de 2001, contrarió los principios constitucionales y de derecho administrativo, por cuanto se trata de un acto administrativo que fue expedido para favorecer una persona en particular. Adujo que supuestamente este acto, señala una metodología para afectar la UPC que debería reconocérseles a las entidades promotoras de salud EPS y a las Entidades Obligadas a Compensar EOC por el año 2002, desconociendo la Ley 100 de 1993 que dice que el valor de la UPC deberá ser revisado por lo menos una vez por año, *antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal*. Por esta razón, la UPC para el año 2002, debería estar plenamente establecida antes de terminar el año de 2001 pero no como lo hizo el Acuerdo 217 que estableció los lineamientos para implementar una metodología para modificar esa UPC, durante el año fiscal 2002.

Mencionó que el CNSSS en uso de las facultades otorgadas por los artículo 172 y 182 de la Ley 100 de 1993, expidió el Acuerdo 242 mediante el cual procedió a aprobar la metodología propuesta por el Ministerio de Salud en desarrollo del Acuerdo 217, *para la fijación del porcentaje de la UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico*, por lo que ordenó que a partir del 1 de enero de 2003, las EPS y EOC aportaran en sus Declaraciones de Giro y Compensación correspondientes al año 2003, el porcentaje definido en una tabla que anunciaba pero que nunca fue conocida ni publicada por el CNSSS ni por el Ministerio



demandado, por esta razón, la metodología implementada por el Acuerdo 242 se apartó de los lineamientos del Acuerdo 217.

Calificó de aberrante que el CNSSS en el Acuerdo 242 expedido a finales del año 2002, supuestamente aplicando la metodología del Acuerdo 217, afectó la UPC del año 2002, con una metodología diametralmente distinta a la establecida en este último acto, razón por la que solamente hasta el 31 de diciembre de 2002 o los primeros días del año 2003, fue que las EPS pudieron conocer el valor definitivo de la UPC del año 2002 que se vino a definir en el 2003, a pesar de que se venía cancelando durante todo el año 2002, hecho que vulnera el principio de la irretroactividad de la ley y, desconoce el parágrafo segundo del artículo 172 de la Ley 100 de 1993 que indica que el valor de la UPC, deberá ser revisado por lo menos una vez por año antes de iniciar la vigencia fiscal, por lo que el valor de la UPC del año 2002 debió determinarse a finales del año 2001 y no con la expedición del acto acusado.

Señaló que en la determinación definitiva del valor de la UPC para el año 2002 de conformidad con la metodología utilizada en el Acuerdo 242, ni siquiera se tuvo en consideración el inciso segundo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de haber realizado un estudio técnico por parte del Ministerio de la Protección Social que previamente evaluara si el valor de la UPC para el año 2002, era insuficiente para el cubrimiento de la atención del servicio de salud a los usuarios.



Indicó que las EPS con anterioridad a la expedición del Acuerdo 242, dejaron constancia ante el Ministerio de Salud acerca de su rechazo a la metodología que pretendía implementar, al considerar que no se cumplía por cuanto la distribución de la desviación no se hacía para todas las EPS y, en cambio, se constituía en una cuenta de cobro que el CNSSS le pasaba a las diferentes EPS del sector privado para ser entregado al ISS.

El apoderado de la parte actora afirmó que fueron contratadas las asesorías de profesionales como un actuario y un experto en epidemiología, para que conceptuaran en relación con los Acuerdos 217 y 242, quienes concluyeron sobre el efecto negativo que generaría la aplicación del acto acusado sobre los estados financieros del año 2002 de las EPS demandantes.

Finalmente destacó que no obstante la ilegalidad del Acuerdo 242 de 2002 objeto de demanda, las actoras han cancelado el valor determinado de conformidad con el citado acto.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación.**

El apoderado de las actoras señaló como vulneradas por el acto administrativo demandado, las siguientes disposiciones normativas: los artículos 2, 29, 48, 49, 58, 83, 121 y 123 de la Constitución Política; 2, 156, 162, 172 y 182 de la Ley 100 de 1993; 52 de Código de Régimen Político Municipal; 8 de la Ley 57 de 1985; 3, 35 y



59 del Código Contencioso Administrativo y el Acuerdo 217 del 27 de diciembre de 2001 expedido por el CNSSS.

Fueron invocadas como causales de nulidad las siguientes: el desconocimiento de las normas en que debería fundarse el acto demandado; la falta de competencia del CNSSS para proferir el Acuerdo 242; falsa motivación y desviación de poder.

El apoderado común de las demandantes afirmó, que la facultad para determinar la UPC la tiene el CNSSS, la cual deberá ser fijada antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal, por lo que dicha competencia está limitada en el tiempo, de allí que para el año 2002 debió fijarse desde el año 2001. Indicó que en ningún caso, a través de la fijación de la UPC, se puede pretender corregir una posible anomalía que se esté presentando en el Sistema, ya que de hacerlo como lo pretende el acto acusado, se incurriría en las causales de falsa motivación y desviación de poder.

Manifestó que el valor de la UPC deberá fijarse, teniendo en consideración el perfil epidemiológico de toda la población asegurada, teniendo de presente los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería y por lo tanto, para la fijación de la UPC no deberán tomarse en cuenta consideraciones distintas y mucho menos establecer una metodología sesgada dirigida a beneficiar a una EPS en particular.

Respecto de la falta de competencia del CNSSS para fijar la UPC del año 2002 y la consecuente violación de los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993, sostuvo



que se evidenció por el hecho de que el Acuerdo 242 al proferirse el último día del año 2002, lo que dio lugar fue a que solamente hasta el año 2003 se viniera a conocer el valor real de la UPC para el año 2002, aunado al hecho de que ni siquiera se siguió la metodología establecida en el Acuerdo 217, lo cual se traduce en que lo que se dio fue una modificación de la UPC del año 2002. En suma, sólo hasta la expedición del Acuerdo 242, que implementó la metodología del Acuerdo 217, las demandantes tuvieron certeza de la violación de sus derechos patrimoniales.

Sostuvo el apoderado de la demandante que la ilegalidad del acto acusado consiste también, en que al ser esta metodología propuesta por el Ministerio parte integrante del mismo, nunca fue conocida por las EPS como tampoco publicada en el diario oficial en el que se publicó el Acuerdo 242, violándose el principio de publicidad y contradicción de que trata el artículo 3º del CCA, así como la obligación que tienen las autoridades administrativas de motivar sus decisiones según lo disponen los artículos 35 y 59 **idem**, con el fin de garantizar el debido proceso.

Adujo que según el artículo 5º del Acuerdo 217 de 2001, en la metodología a aprobar por el Ministerio, una vez definido el porcentaje de la unidad de pago por capitación objeto de distribución por ajuste epidemiológico, los recursos para la aplicación del mecanismo de distribución, deberían ser aportados por todas las EPS y EOC del Sistema y no como lo determinó la metodología incorporada en el Acuerdo 242, según la cual dichos recursos deben ser aportados por las EPS y EOC que no presentan desviación en el número de eventos por afiliado mayor al promedio.



Observó el apoderado de la parte demandante que otra falsa motivación en que incurrió el acto acusado, consistió en que los dineros restituidos al Sistema por efectos de la metodología aplicada de conformidad con el artículo 5º del mismo Acuerdo, deberían ser distribuidos entre todas las EPS y EOC en proporción al valor de los eventos reportados por cada una de ellas, pero no como lo estableció el acto acusado, según la cual dichos recursos solamente fueron asignados a las entidades que tenían un número de eventos por afiliados mayor al 120% del promedio esperado de todas las EPS.

Consideró que en la metodología cuestionada del Acuerdo 242, inexplicablemente se dejó de lado el concepto de rango, para establecer un punto de corte sin ninguna explicación diferente a la de beneficiar al ISS, corte que se determinó en el 120% de los eventos, situación que lo único que hace es beneficiar al ISS pues si se hubieran utilizado otros puntos de corte, los dineros se hubieran repartido adicionalmente con otras EPS afectadas.

Otro argumento esgrimido por las actoras para justificar las causales de desviación de poder, falsa motivación y carencia de competencia del CNSSS al expedir el Acuerdo 242, consiste en que en la medida en que a través de la modificación de la UPC fijada para el año 2002 por el Acuerdo 218 de 2001, lo que hizo el Consejo fue modificar el valor de la UPC para el año 2002, ordenó la restitución de dineros de dicha UPC a la mayoría de las EPS del sector privado y se lo entregó a tres EPS del sector público especialmente al ISS que recibió más de \$30.000.000.000 por el primer semestre del 2002, con el supuesto disfraz de enervar una supuesta desviación en el perfil epidemiológico de la atención de ciertos eventos de alto



costo, pudiendo haber dispuesto el Ministerio de otros mecanismos diferentes al de modificar la UPC del año 2002.

De otra parte, en lo relativo a la aplicación retroactiva del Acuerdo 242, afirmó el vocero de la parte demandante que en el caso en estudio se debe analizar frente al supuesto normativo del párrafo segundo del artículo 172 de la Ley 100, según el cual el valor de la UPC será revisado por lo menos una vez al año antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal y en caso de no darse, el Gobierno Nacional la ajustará automáticamente.

Indicó que lo que sucedió fue que para el año 2002, la UPC se fijó mediante el Acuerdo 218 del 30 de diciembre de 2001, antes de que iniciara la vigencia fiscal 2002, no obstante lo anterior, mediante el Acuerdo 217 del 30 de diciembre de 2001, se estableció una metodología que debería aplicarse durante el ejercicio fiscal del año 2002 que afectaba el valor de la UPC y que, por ende, hace incurrir en ilegal el acto acusado en la medida en que las EPS no iban a tener certeza sobre el valor de la UPC para el año 2002.

Manifestó que el Acuerdo 242 se dictó con el único propósito de implementar el Acuerdo 217 de 2001, por lo que el acto acusado debería acogerse en un todo y enmarcarse dentro de los lineamientos del 217, pero como esto no sucedió, con el acuerdo demandado se afectó retroactivamente la UPC del año 2002, aunado al hecho de que el Acto apenas fue publicado el último día del año 2002, cuando ya se le había entregado todas las UPC de ese año a las EPS. Por lo que al contemplarse una metodología diferente a la del Acuerdo 217, se afectó la UPC desde el 1º de



enero del 2002, lo que condujo a la aplicación retroactiva del Acuerdo 242, desconociéndose el último inciso del artículo 7º del Acuerdo 217.

Ahora bien, respecto de la falta de competencia del CNSSS, la actora afirmó que se violó el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que esta disposición ordena que la fijación de la UPC deberá efectuarse antes de la vigencia fiscal de ese respectivo año, por lo que la UPC para el año 2002 debió fijarla el CNSSS antes de iniciarse dicho año y, al fijarla el 31 de diciembre de ese mismo año 2002, se extralimitó en sus competencias y facultades, incurriendo en otra causal de nulidad del acto demandado.

Consideran las actoras que, además de la falta de competencia temporal también se observa la falta de competencia funcional, en la medida en que las medidas adoptadas en el Acuerdo 242, se extendieron a temas distintos a los señalados en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, por lo que no se podía considerar que es factor para la fijación de la UPC, la supuesta desviación del perfil epidemiológico que se presenta en el Sistema y mucho menos que con la supuesta modificación a la UPC, se puedan corregir situaciones de selección adversa, que carecían de estudio técnico.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó la parte demandante, que se ordene la restitución de los dineros que hubiera consignado o se le hayan deducido hasta la fecha en que quede en firme y ejecutoriado el presente fallo, dineros debidamente indexados y con los intereses comerciales que se hubieran causado, aunado al reconocimiento de los perjuicios patrimoniales causados.



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

El Ministerio de la Protección Social, por conducto de apoderado judicial, respondió de manera común, todas y cada una de las once demandas acumuladas en este proceso, solicitando de manera unívoca que sean desestimadas las pretensiones de las demandas<sup>1</sup>.

Respecto de la supuesta falta de competencia como causal de nulidad, adujo el representante de la entidad demandada que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, al expedir el Acuerdo 242 de 2002 lo hizo en el marco de las atribuciones conferidas en el numeral 9º del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, según el cual le corresponde a dicha entidad, definir las medidas para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las EPS y una inequitativa distribución de los costos de atención a los distintos tipos de riesgo.

Por esta razón, el CNSSS si tiene competencia para definir y reajustar la UPC de manera permanente y no como lo señala la parte demandante, aunado al hecho de que se trata de un organismo colegiado encargado de la dirección del Sistema General de Seguridad Social, que está integrado por representantes del Gobierno Nacional, departamental, municipal, empleadores, pensionados, usuarios, Instituciones Prestadoras de Salud IPS y Entidades Promotoras de Salud EPS, entre ellas, el Instituto del Seguro Social ISS.

---

<sup>1</sup> El escrito obra a folios 74-85 del Cuaderno Principal



En cuanto al procedimiento para la fijación de la UPC, según los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993, una de las funciones del CNSSS, es la de definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación, que es determinada en función del perfil epidemiológico de la población relevante de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio, que será definida según los estudios técnicos elaborados por el Ministerio.

Precisó que el Acuerdo objeto de la presente nulidad, no define la UPC ya que se limita a aplicar la metodología prevista en el Acuerdo 217 que fija un porcentaje de la UPC, que debe ser objeto de redistribución por ajuste del perfil epidemiológico, a fin de racionalizar la utilización de los recursos del sistema para lograr una distribución equilibrada de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgos, contener el gasto y garantizar el equilibrio financiero del Sistema.

El apoderado de la demandada aclaró, que la facultad que tiene el CNSSS para definir la UPC no es restringida ni está supeditada a un determinado tiempo como lo expresó la demandante, sino que es variable dependiendo de las fluctuaciones económicas del país, por lo que puede ser ajustada en cualquier tiempo, mecanismo del cual hizo uso cuando en el año 2001 la definió el Acuerdo 218 y la reajustó mediante el Acuerdo 234, igual aconteció en el año 2000 cuando fue definida por el Acuerdo 159 y reajustada con el Acuerdo 161.

Destacó que para el año 2002, la UPC fue fijada mediante el Acuerdo 218 y el Acuerdo 242, que no la modificó sino que lo que hizo fue adoptar una medida adicional para mantener el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad



Social, en respuesta a la problemática relacionada con el alto porcentaje de enfermos de alto costo concentrados en unas pocas EPS, dándose aplicación al principio de solidaridad que orienta este sistema tanto para entidades públicas como privadas.

Reiteró que lo que se pretendía, era encontrar una solución al problema de que unas pocas EPS agruparan la población de alto costo ya que les ocasionaba inequidad financiera, razón por la que el CNSSS expidió el Acuerdo 217 con el propósito de lograr contener el gasto y garantizar el equilibrio financiero de los distintos tipos de riesgo, propósito que se aplicó a través del Acuerdo 242 objeto de demanda.

Desvirtuó las afirmaciones de la parte demandante en el sentido de que las EPS nunca fueron advertidas de la metodología propuesta por el Ministerio antes de la expedición del Acuerdo 242, por lo que se violaron los principios de publicidad y contradicción y por ende el derecho al debido proceso. Lo anterior, al señalar que el principio de publicidad se les garantizó a las EPS, en la medida en que primero la metodología le fue entregada a cada uno de los miembros del CNSSS; luego fue publicada en la página web del Ministerio; se encuentra a disposición de todos aquellos que consulten la Oficina de Atención al Usuario y fue remitida para su publicación al Diario Oficial.

En todo caso precisó que la metodología no se publica, porque hace parte del Acta de la reunión del CNSSS y no del Acuerdo; sin embargo, la Secretaría Técnica del Consejo tiene a disposición de quien lo requiera no solo los acuerdos, sino los



demás documentos que lo soportan. Como si lo anterior no resultara suficiente, los representantes de las EPS diferentes al ISS, participaron de los distintos debates sobre dicha metodología hasta la versión final, por lo que siempre tuvieron conocimiento de la misma, tanto así que expedieron certificaciones sobre el conocimiento de la información necesaria para la aplicación de la metodología desarrollada por el Acuerdo 242.

A juicio del apoderado de la parte demandada, el acto acusado antes de ser violatorio de las normas superiores invocadas como vulneradas por las accionantes, su contenido se encuentra en armonía con dichos preceptos, al desarrollar los principios de solidaridad y equidad, pues su finalidad es la de lograr el equilibrio financiero del Sistema con el propósito de garantizar el derecho irrenunciable de la población, a gozar de los fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho.

En memorial de contestación al escrito que contiene la reforma de la demanda<sup>2</sup>, el apoderado del Ministerio demandado afirmó que el Acuerdo 242 surge de la aplicación del Acuerdo 217, mediante el que el CNSSS adoptó las medidas pertinentes para lograr una distribución equilibrada de los costos de la atención a los distintos tipos de riesgos, conteniendo el gasto y garantizando el equilibrio financiero del SGSSS. Por tanto, el acto acusado así como su antecedente normativo, cumplen los presupuestos que caracterizan el acto reglado, perdiendo solidez la afirmación de las actoras según la cual, lo que se quería asegurar era atender y beneficiar a unas EPS en particular, en especial, el ISS.

---

<sup>2</sup> Figura a folios 100-108



Desvirtuó otra afirmación de la parte actora relativa a que el Acuerdo 217 implementó una metodología para modificar la UPC, pues según la metodología utilizada para el desarrollo del Acuerdo 242, al fijar el porcentaje de la UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico, lo que hizo fue utilizar la UPC fijada para el año 2002 por el CNSSS en el Acuerdo 218 y su respectivo incremento para los meses de agosto a diciembre de 2002, determinada en el Acuerdo 234, valores que sí se habían establecido antes de diciembre de 2002 y no, como lo dijo equivocadamente la demandante que sólo fue hasta el 31 de diciembre de ese año.

Sostuvo que el cálculo de la UPC tiene implícito el desarrollo de un estudio técnico, que determinó la UPC del año 2002 y que quedó plasmada en el Acuerdo 218 y que fue utilizada en el desarrollo de la metodología descrita en el Acuerdo 217. A su vez, la metodología utilizada para fijar el porcentaje de la UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico cumple con las especificaciones en el Acuerdo 217, según el documento técnico que hace parte integral del Acta de sesión del CNSSS en la cual se aprobó el Acuerdo 242.

Finalmente el apoderado del Ministerio afirmó, que la metodología desarrollada en el Acuerdo 242 acoge las características de las condiciones establecidas en el Acuerdo 217, destacando el hecho que actuarialmente estos resultados fueron analizados y avalados por el Ministerio de Hacienda, mientras que los estudios actuariales que comenta la actora son propios y si aplican una metodología diferente a la descrita en el Acuerdo 217.



## II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante fallo de fecha 16 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó la totalidad de las pretensiones de las demandas de nulidad instauradas por las once EPS que se anunciaron al comienzo del fallo y que fueron acumuladas por la primera instancia bajo este único radicado.

Se refirió al valor del precedente jurisprudencial, al afirmar que el Acuerdo 242 fue proferido por el CNSSS en ejercicio de la competencia prevista en los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993, haciendo ajustes a la UPC, tal y como también lo hizo el Acuerdo 245 de 2003 que tiene finalidad idéntica al acto objeto de nulidad, el cual fue objeto de demanda apoyada en las mismas causales de nulidad invocadas en el presente proceso, fallada mediante providencia del 11 de octubre de 2006 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo radicado 2003-00311, que denegó las pretensiones de dicha demanda.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimó la primera causal de nulidad invocada por las demandantes, relativa a la falta de competencia temporal del CNSSS para expedir el Acuerdo 242 porque no lo hizo dentro del término fijado en el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, al considerar que efectivamente el numeral 3º de esta disposición, remite a su vez a los términos señalados en el artículo 182, motivo por el que la limitación para el ejercicio de la función del CNSSS la determina esta última normativa, la que sea oportuno destacar no establece un límite temporal de vigencia de la UPC y menos aún, que éste no sea objeto de revisión, supuesto que está en armonía con el párrafo 2º del artículo 172 **idem** que señala que esta



unidad, podrá ser revisada por lo menos una vez por año, antes de iniciarse la siguiente vigencia fiscal.

Aclaró la primera instancia que, una es la UPC y otra muy distinta, la facultad que tiene el CNSSS para efectuar su revisión, que deberá efectuarse al menos una vez por año, so pretexto de que para el año siguiente el valor de la UPC se incrementa con base en el aumento del s.m.l.v. De igual manera, criticó que la parte demandante, asumió que el Acuerdo 242 constituye una modificación del valor de la UPC, lo que no es cierto por cuanto de la lectura de su contenido se observa que el acto acusado, no varió el valor de la UPC para el año 2002.

El fallador de primer nivel compartió el argumento esgrimido por la parte demandada según el cual, el acto acusado lo que pretendió fue corregir e impedir los desequilibrios originados en la distribución de los recursos de la UPC destinados a la atención de enfermedades de alto costo, por cuanto mientras unas EPS cobraban los recursos sin que se prestara el servicio otras en cambio como el ISS, atendía no menos del 50% de los casos de enfermedades de alto costo como las enfermedades renales.

Por lo anterior, destacó y aclaró que una es la fijación de la UPC y otra distinta, es que la UPC haya sido corregida -mas no revisada- como lo entendió la parte actora, para aumentar su valor que es a lo que se refiere el parágrafo 2º del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, con el fin de corregir desequilibrios económicos originados en la distribución del porcentaje para la atención de enfermedades de alto costo, aunado al hecho de que no es cierta la interpretación de las actoras quienes consideran que



el valor de la UPC para el año 2002, no podía ser modificada ya que este hecho no se dio, pues el Acuerdo 242 no varió el monto total de la UPC, según lo exige la norma supuestamente vulnerada.

Respecto de la supuesta falta de competencia funcional del CNSSS, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no lo acogió, al considerar que no es cierto el hecho de que por vía de la adopción de la metodología consignada en el Acuerdo 242, no se podía corregir una práctica de selección adversa para corregir a su vez un desequilibrio económico en el sistema.

Al contrario consideró el fallador, que el acto demandado lo que procura es corregir los desequilibrios económicos originados por el hecho de que era una sola EPS, la que atendía más del 50% de las enfermedades de alto costo. Por tanto, el CNSSS, en ejercicio de la facultad consagrada en el numeral 9 del artículo 172 de la Ley 100 de 1933, lo que hizo fue adoptar las medidas para evitar fenómenos relacionados con la selección adversa, evitar la inequitativa distribución de los recursos por causas distintas como la libre afiliación del usuario, fijando para ello la UPC en los términos del artículo 182. Destacó que para la adopción de las reglas de corrección contenidas en el Acuerdo 242, no se requería de un estudio epidemiológico sino de estudios técnicos, que efectivamente fueron tenidos en cuenta, así como la información proveniente de las propias EPS.

En cuanto a las causales de nulidad, relativas a la falsa motivación y a la desviación de poder del acto demandado, no fueron acogidas ninguna de las dos por el a quo, al considerar que la motivación del acuerdo demandado se encuentra plasmada en



su contenido y se refiere a los hechos que le sirven de fundamento, aunado al hecho de que era deber de la parte demandante, desvirtuar con medios de prueba sus afirmaciones.

Señaló que la autoridad demandada, mediante el Acuerdo 217 lo que hizo fue establecer una metodología para corregir un hecho cierto como lo es el desequilibrio financiero en el Sistema Nacional de Salud, teniendo de presente que la UPC se debe reconocer por paciente afiliado y no por el hecho del riesgo en la producción del evento que es como funciona el sistema o, por paciente atendido. De allí que el negocio de la salud crece en la medida en que el riesgo no se produzca, es decir, que la EPS reciba la UPC y no preste el servicio, pero lo que se presentó fue que la atención de los pacientes de alto costo superó con creces el valor de la UPC, generando los desequilibrios económicos y poniendo en riesgo el funcionamiento del sistema.

Destacó la primera instancia, que le correspondía a la parte demandante, demostrar que no era cierto que existía desequilibrio financiero en el Sistema de Salud, tampoco desvirtuó que previa a la expedición del acuerdo demandado, no se escuchó a las EPS distintas del ISS, como tampoco acreditó que la prestación del servicio se hizo en forma eficiente y que jamás existió una práctica de selección adversa.

Afirmó que en cambio debe destacarse el valor probatorio del documento denominado “Estudio de Evaluación Integral del Equilibrio Financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, aportado por el Ministerio de la Protección



Social en el expediente radicado 2003-00589 acumulado a este proceso, el cual pone de presente que la solución para la atención de las enfermedades de alto costo conllevaría incluso una reforma constitucional, en la que se analizaría la posibilidad de adoptar reglas tales como, la abolición de la que permite la permanencia del paciente de alto costo a la EPS por un espacio de dos años después de terminado el tratamiento en la misma EPS.

A juicio del a quo, el documento arriba citado, se refirió al tema de la selección adversa como aquella práctica irregular de no promover la afiliación de personas que tienen un mayor riesgo de tener una enfermedad de alto costo, que se encuentran entre los menores de un año de edad y los mayores de 45 años.

Para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no es cierta la afirmación de la parte demandante según la cual en la expedición del Acuerdo 242 no figura ningún estudio técnico, ya que si existió, aunado a que fue aprobado por la Oficina Jurídica del CNSSS, según lo afirmó la parte motiva del acto.

Fue enfático en sostener el fallador, que la afirmación de las medidas adoptadas en el acto acusado favorecerían únicamente al ISS, es una mera especulación pues ni siquiera la prueba testimonial arrimada al expediente logró confirmar dicha afirmación. Es así como, en la declaración de la señora Nelcy Paredes Cubillos, no se dijo nada sobre un presunto favorecimiento al ISS; el señor Guillermo Llanos Bejarano tampoco se refirió a los motivos que dieron origen a la expedición del acto demandado y menos aún, que se hubiera favorecido al Seguro Social; respecto de



la declaración del representante de ACEMI indicó que ni siquiera señaló que el estudio contratado por la agremiación hubiera sido estudiado por el CNSSS.

Por su parte, la prueba técnica igualmente fue desestimada por el a quo, al considerar que en nada contribuye a desestimar que los motivos consignados en el Acuerdo 242 son falsos, situación que se presenta también con el testimonio del señor Carlos Naranjo Botero, quien en ningún momento nada dijo sobre un presunto favorecimiento al ISS, lo mismo que ocurrió con el testimonio del señor Juan Pablo Rueda Sánchez Director Técnico de Salud Total demandante en este proceso, quien afirmó que la UPC no es suficiente y que para soportar el desequilibrio financiero, se hacía necesario establecer valores de prima ajustados a dichos riesgos.

El a quo fue enfático en afirmar, que mientras la parte actora fundó su demanda en la falsa motivación y en la desviación de poder, los testigos técnicos lo que pusieron en conocimiento del Tribunal, fue una situación ajena al debate procesal, como lo es la discusión de la adopción de la UPC, declaraciones que se refieren a hechos consolidados tal y como acontece con el informe entregado por el Secretario Técnico del CNSSS a la representante de ACEMI, respecto del Acuerdo 217 ya que ponía en conocimiento la existencia del desequilibrio que se pretendía corregir, hecho que era conocido por todos los actores representados a través de sus delegados en el CNSSS.

En cuanto a la prueba pericial rendida por el perito Guillermo Llanos Bejarano, en la que señaló que para la expedición de los Acuerdos 217 y 242 se utilizó el concepto



de “perfil epidemiológico de la población” en forma contraria a como la utiliza la ciencia, sostuvo el a quo que según el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, es para la determinación de la UPC que el CNSSS con base en estudios técnicos, debe tener en cuenta entre otros factores el de perfil epidemiológico de la población relevante, los riesgos cubiertos y los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, conceptos que si fueron tenidos en cuenta para la expedición del Acuerdo 218 base del acto acusado.

Destacó el fallador de primera instancia que el Acuerdo 242, lo que hizo fue reconocer el desequilibrio provocado por la concentración de atención de pacientes de alto riesgo en una EPS, mientras que las demás recibían el pago total de la UPC sin prestación de servicio a pacientes de alto costo.

A juicio de la primera instancia, la parte demandante no desvirtuó el documento titulado “Estudio de la desviación del perfil epidemiológico en el régimen contributivo y propuesta de redistribución de recursos”, elaborado el 10 de diciembre de 2002, que tomó como base la información proveniente de las EPS en ejecución del Acuerdo 217, según el cual: i) existe desviación de perfil epidemiológico en unas EPS, pues mientras el ISS destina el 10% de la UPC las otras EPS destinan apenas un 2.23%; ii) las EPS ISS, CAJANAL, CAPRESUB y FERROCARRILES EAS, atendieron en el primer semestre de 2002 una cifra superior al 120% de los eventos esperados; iii) las EPS y EOC del régimen contributivo invierten menos del 5% de la UPC promedio y iv) el Ministerio debe intervenir el modelo de atención de enfermedades de alto costo.



Siguiendo la misma línea, el a quo desestimó la afirmación de la demandante según la cual el Acuerdo 242 se expidió sin tener en cuenta la existencia de un perfil epidemiológico, por cuanto este concepto según el fallador, alude al estudio que se tiene en cuenta para la adopción de la UPC, pero no para la corrección de desequilibrios financieros. Por esta razón indicó, que en el sub judice, bastaba con que se percibiera la realidad del sistema para adoptar los correctivos, sin necesidad de indagar que dichos desequilibrios se produjeron por prácticas ilegales como la de la “selección adversa de pacientes” o fue consecuencia del ejercicio del principio de “libertad de selección” de la EPS.

De otra parte, el tribunal de primera instancia afirmó que no se observa la aplicación retroactiva de una decisión administrativa, pues el único acto sometido al cumplimiento de una vigencia fiscal es el Acuerdo 218 que fijó la UPC para el año 2002, motivo por el que resulta infundado sostener que el Acuerdo 242 “revisó” en los términos del parágrafo 2º del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, el valor de la UPC de dicho año, por cuanto lo que hizo el acto fue corregir una práctica que ponía en peligro el Sistema, siendo que la función del CNSSS es garantizar que el mismo se desarrolle en forma eficiente.

Respecto a la publicación de los estudios técnicos asunto censurado por las demandantes, consideró el fallador que el Acuerdo 242 fue publicado en el Diario Oficial y que las actas que le sirvieron de fundamento, en las cuales se aportaron dichos estudios para su producción, forman parte integrante de estas y no del contenido del acto administrativo, razón por la que no se encontraban obligados a incorporarlas en el Diario Oficial. Destacó que lo que le correspondía a la demandante hacer, era señalar las razones para desconocer los fundamentos



fácticos, que son reales y las recomendaciones contenidas en los estudios técnicos, para afirmar que el Acuerdo 242 estaba falsamente motivado o que era un simple maquillaje para recuperar las finanzas del ISS.

En suma para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ni la prueba documental ni la testimonial, resultan suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, pues no se probaron ninguna de las causales de nulidad invocadas por la parte demandante.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante por conducto de un único apoderado judicial, presentó recurso de apelación contra la sentencia del 16 de junio de 2011 con el fin de que sea revocada por la segunda instancia.<sup>3</sup>

En primer lugar, manifestó su inconformidad respecto de la decisión del a quo de admitir que en el presente caso se debe tener en cuenta el valor del precedente jurisprudencial sentado por esta misma Sección en la sentencia del 11 de octubre de 2006 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo dentro del expediente 2003-00311, mediante la cual no se desvirtuó la presunción de legalidad del Acuerdo 245 de 2003, al considerar que este acto administrativo tiene la misma finalidad que el Acuerdo 242 de 2002 objeto de la presente demanda, además que se fundamenta

---

<sup>3</sup> El recurso de apelación aparece a folio s 522 a 552 del cuaderno principal de primera instancia



en los mismos supuestos jurídicos y las mismas causales de nulidad en el presente caso analizadas.

Se apartó de la anterior consideración, al afirmar el apelante que no es cierto por cuanto a pesar de la similitud de los dos acuerdos, fueron concebidos con finalidades distintas tal y como así lo evidencian los encabezados de cada uno de los actos, pues mientras el Acuerdo 242 de 2002 tuvo como finalidad hacer una distribución de recursos de un porcentaje de la UPC por ajuste epidemiológico, el Acuerdo 245 de 2003 tuvo como finalidad establecer una política integral de patologías de alto costo que incluyó el traslado de pacientes y el ajuste de la UPC para la vigencia 2004. Por esta razón, dice que se trata de dos supuestos fácticos y jurídicos que no son iguales, de allí que en la interpretación que se haga en el presente análisis, se tendrá que determinar si existe o no la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial citado.

**Respecto del cargo desestimado por el a quo, relativo a la falta de competencia temporal del CNSSS para expedir el Acuerdo 242**, el impugnante adujo que las consideraciones esgrimidas en el fallo impugnado incurrieron en violación de una norma sustancial por interpretación errónea de una norma jurídica para lo cual se apoya en antecedentes jurisprudenciales de esta Corporación. Lo anterior, al considerar que el a quo empleó la norma aplicable al caso pero le dio un alcance diferente en su interpretación, haciendo nugatorios los derechos de las demandantes.



El reproche consiste en que según el recurrente, el a quo en el fallo impugnado interpretó erróneamente los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993, pues el Acuerdo 242 de 2002 constituyó de pleno un ajuste retroactivo de la UPC fijada para las EPS para el año 2002, legitimando una conducta antijurídica consistente en los descuentos retroactivos de la UPC que no permitieron conocer con exactitud el valor de la UPC del año 2002, sino solo hasta el primer trimestre del año 2003.

De acuerdo con lo anterior, discrepa el vocero de las demandantes al considerar que contrario a como lo entendió la primera instancia, el Acuerdo 242 sí significó una modificación sustancial de la UPC fijada antes mediante el Acuerdo 218 de 2001, pues en el acto acusado la accionada se apartó de la metodología fijada en el Acuerdo 217 de 2001, al efectuar ajustes retroactivos sobre las UPC no sólo ya causadas y gastadas por las EPS en la atención de usuarios durante el periodo fiscal del año 2002, que además resultaban deficitarias para el pago de los gastos de atención médica, como quiera que el CNSSS decidió incluir unos medicamentos en el POS sin realizar el respectivo reajuste de la UPC.

**En cuanto a la desestimación del cargo relativo a la falta de competencia funcional del CNSSS,** afirmó el apelante que la primera instancia incurrió en contradicción al avalar la posición de la parte demandante según la cual el desequilibrio financiero lo produjo la práctica ilegítima de la “selección adversa” al impedir la afiliación de pacientes de alto costo, pero que se contradice cuando afirma que en todo caso el Acuerdo 242 no se expidió con el fin de corregir este fenómeno de la selección adversa sino para corregir el desequilibrio en el Sistema de Seguridad Social en Salud, a causa de la gran concentración de pacientes en una sólo EPS –hecho que dice no se encuentra probado y que de ser cierto



ameritaría de imposición de las respectivas sanciones-, por lo que no se requería de un estudio epidemiológico sino de estudios técnicos sin definir a qué clase de estos se refería.

Para el recurrente, previa a la expedición del Acuerdo 242 de 2002, la demandada debía tener de presente un estudio del perfil epidemiológico, teniendo de presente que los recursos estaban presuntamente destinados a reconocer una desviación del perfil epidemiológico según lo dispone el artículo 2º **ídem**, motivo que hacía necesario complementar la información reportada por las EPS con una auditoría en la que se incluyera un estudio del perfil y así conocer las desviaciones significativas del mismo.

**Respecto de las causales de falsa motivación y desviación del poder**, que fueron desechadas por la primera instancia, sostiene el apelante que las consideraciones que sirvieron de fundamento para no ser acogidas, carecen de una valoración probatoria seria de la prueba testimonial obrante en el expediente, al otorgarle poca credibilidad a esta prueba y a la prueba técnica aportada al plenario.

A juicio del apoderado de la parte demandante, dentro del plenario se encuentra demostrado que tanto el Acuerdo 217 de 2001 como el Acuerdo 242 de 2002, se encuentran viciados de graves inconsistencias en cuanto a la determinación del perfil epidemiológico y de su supuesta y no probada desviación, razón suficiente para que el Acuerdo 242 sea declarado nulo, para lo cual reclama la revocatoria del fallo de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.



Afirmó que, contrario a lo considerado por el a quo, de acuerdo con los testimonios de los señores Guillermo Llanos Bejarano, Nelcy Patricia Cubillos y Juan Pablo Rueda, sí queda acreditada la inexistencia de desviación del perfil epidemiológico, por lo que se configura la causal de falsa motivación en que incurrió el CNSSS al expedir el Acuerdo 242 de 2002. De igual manera, esta causal se evidencia con la prueba documental denominada “Análisis epidemiológico de los Acuerdos N° 217 y 242 del CNSSS”, que obra como una prueba aportada en la demanda instaurada por Salud Colmena.

El apelante adujo que el acto acusado, no incluye un soporte estadístico y metodológico del perfil epidemiológico de la población colombiana y, por tanto no se comprobó a ciencia cierta que existiera una desviación de dicho perfil, para que se pudieran distribuir los recursos de la UPC a aquellas EPS que tuvieran una desviación significativa del perfil epidemiológico. Censuró que la prueba testimonial técnica rendida por el experto en epidemiología y biotecnología doctor Guillermo Llanos Bejarano, hubiera sido desechada por el a quo al considerar que no había contribuido en nada para establecer la falsa motivación del acto demandado.

**Otros hechos que a juicio del apelante evidencian la falsa motivación del Acuerdo 242** y que fueron inadvertidos por el a quo, consisten en la ausencia por parte del Ministerio de la Protección Social de una auditoría seria y debidamente implementada sobre la información que fuera suministrada por las distintas EPS, no sólo para corroborar su veracidad sino para evitar que se estuviera premiando la gestión ineficiente de las EPS públicas, la cual considera necesaria esta auditoría con una metodología técnico y no por muestreo como se hizo, toda vez que de la evaluación de dicha información se verían beneficiadas o afectadas las finanzas de



las EPS. Acerca de la pertinencia de esta auditoría dan cuenta las declaraciones de los señores Nelcy Paredes y Juan Pablo Rueda, quienes vislumbran el impacto que dicha ausencia de auditoría técnica generó en las demandantes.

**Respecto de la causal de desviación de poder en que incurrió el acto acusado,** sostuvo que contrario a lo desestimado por el a quo, esta causal sí se encuentra acreditada como quiera que el Acuerdo 242 no tuvo como finalidad la de corregir la desviación del perfil epidemiológico y evitar la selección adversa, como lo expresa la motivación del acto, sino que consistió en obtener un beneficio concreto y directo para la EPS pública ISS, entidad que recibió el beneficio económico de la aplicación de dicho acuerdo en detrimento de las EPS demandantes, premiándose el obrar negligente de esta EPS en la atención de los pacientes con enfermedades de alto costo sin que se les prestara una adecuada atención, llegando a la concentración de la mayoría de esta población mientras que a las EPS privadas se les castigó a pesar de que habían evitado a toda costa que los pacientes que atendieran llegar a la fase terminal de sus enfermedades.

Sostiene que esta afirmación tiene soporte en el documento titulado “Análisis técnico actuarial de la metodología aplicada contenida en el documento técnico del Ministerio de la Protección Social”, anexo al Acuerdo 242 de 2002 y, en la prueba testimonial rendida por los señores Carlos Alberto Naranjo Botero, Nelcy Paredes y Juan Pablo Rueda.

Finalmente el apelante afirmó *“si se tiene en consideración que lo que se buscaba con el Acuerdo 217 y el 242 era supuestamente corregir una presunta desviación*



*del perfil epidemiológico que se venía presentando por la atención de las enfermedades de alto costo, como quedó demostrado en este proceso (pero omitido por el Tribunal bajo el pretexto de que el ISS tramitó y consiguió un préstamo por un billón de pesos), esto era un simple maquillaje, pues la verdad es que lo que se pretendió y en últimas se consiguió, era recaudar unos recursos para apalancar al ISS dado el déficit que esta entidad tenía, no propiamente por la supuesta desviación del perfil epidemiológico, la cual desde el punto de vista técnico nunca se comprobó tal como da fe de ello el experticio epidemiológico que se acompañó en las demandas individuales; por ello es evidente la falsa motivación concurrente con la desviación de poder.”*

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA**

Durante esta etapa procesal, los apoderados judiciales del Ministerio de la Protección Social y de la parte demandante, presentaron memoriales mediante los cuales solicitaron se confirmara o fuera revocada la sentencia de primera instancia<sup>4</sup>, para lo cual reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del debate procesal, en especial en los escritos de contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

Mientras el apoderado de la entidad demandada, afirmó que el acto acusado no adolece de ninguna de las causales de ilegalidad invocadas en la demanda, por cuanto lo que procura es atenuar los desequilibrios existentes sin conferir privilegios particulares sino garantizando el adecuado

---

<sup>4</sup> Figuran a folios 34-39 y 40-56 del cuaderno de segunda instancia



funcionamiento del modelo de aseguramiento y la prestación del servicio público, el apoderado de las EPS que integran la parte demandante solicita la revocatoria del fallo apelado al considerar que el Acuerdo 242 de 2002 sí incurrió en falsa motivación, en desviación de poder y el CNSSS adolecía de competencia temporal y funcional para expedirlo.

La apoderada del Ministerio de la Protección Social se refirió puntualmente al tema de la competencia del CNSSS para expedir el acto acusado, refiriéndose in ex tenso al tema del cálculo y la periodicidad de la UPC. Por su parte, el apoderado de la parte accionante, reiteró cada uno de los argumentos del recurso de apelación relativos a la incompetencia temporal y funcional del CNSSS, a la falsa motivación y a la desviación de poder en que incurrió el acto demandado.

## **V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

No emitió concepto el Delegado del Ministerio Público, ante esta instancia judicial.

## **VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **6.1. Los actos administrativos demandados**



El acto administrativo objeto de la presente demanda, consignado en el Diario Oficial N° 45.050 del martes 31 de enero de 2002, es del siguiente tenor literal:

**“ACUERDO 242 DE 2002  
(diciembre 26)**

por medio del cual se aprueba el porcentaje de UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico y se distribuyen unos recursos según lo dispuesto en el Acuerdo 217 del CNSSS.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en ejercicio de las facultades legales y en especial las otorgadas en los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993, y

CONSIDERANDO:

Que mediante el Acuerdo 217 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud adoptó un mecanismo con el propósito de lograr una distribución equilibrada de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgos, contener el gasto y garantizar el equilibrio financiero del SGSSS, teniendo en cuenta la desviación del perfil epidemiológico de las EPS, sin que el Fosyga se encuentre obligado a reconocer valores adicionales a los que les correspondan por la UPC;

Que para determinar la existencia de desviaciones en el perfil epidemiológico de las EPS y demás Entidades Obligadas a Compensar y la participación de cada una en el financiamiento de esta desviación, se contemplaron las actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos definidos en el artículo 2º del Acuerdo 217;



Que para la realización del estudio cuya metodología se encuentra detallada en el documento técnico que hace parte integrante del acta de la sesión en que fue aprobado el presente acuerdo además de lo señalado en el artículo 5° del Acuerdo 217 del CNSSS, el Ministerio de Salud tuvo en cuenta las certificaciones suscritas por los representantes legales de cada entidad sobre el cumplimiento de las condiciones de reporte de estos eventos, en particular la no homologación o inclusión de eventos diferentes de los establecidos en el Acuerdo 217, la prestación efectiva de los procedimientos y la dispensación de medicamentos, el cumplimiento de los períodos mínimos de cotización para acceder a estos servicios, el recaudo de aportes y la compensación de los afiliados reportados;

Que el Ministerio de Salud, conforme al artículo 5° del Acuerdo 217, adelantó el mencionado estudio que estableció para el 1° y 2° trimestres de 2002 la existencia en algunas entidades del Régimen Contributivo, de una desviación del perfil epidemiológico que se evidencia en una concentración de eventos atendidos y que dicho estudio define la metodología para la fijación del porcentaje de la UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico;

Que el presente Acuerdo, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Acuerdo 31 del CNSSS, cuenta con concepto previo favorable de la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud por considerarlo ajustado a las normas vigentes, el cual se anexa al Acta correspondiente,

#### ACUERDA:

Artículo 1°. Aprobar la metodología propuesta por el Ministerio de Salud en desarrollo del Acuerdo 217 del CNSSS, para la fijación del porcentaje de la UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico.



Artículo 2°. A partir del 1° de enero de 2003, las EPS y demás Entidades Obligadas a Compensar aportarán de las Declaraciones de Giro y Compensación de cada período el porcentaje definido en la siguiente tabla, que corresponde a la liquidación oficial de los recursos objeto de redistribución. Esta liquidación se hará sobre el total recibido por concepto de UPC en cada período del 2003.

Estos recursos se aplicarán para el reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico del 1° y 2° trimestres del 2002 y su descuento se realizará mensualmente hasta llegar al valor tope de recursos por redistribuir por reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico.

El encargo fiduciario administrador del Fosyga recaudará estos recursos y girará mensualmente el valor recaudado hasta el tope asignado por el Ministerio de Salud a cada EPS.

Artículo 3°. Vigencia. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación en el ***Diario Oficial***.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 26 de diciembre de 2002.

El Ministro de Trabajo y Seguridad Social, encargado del despacho del Ministro de Salud,

*Juan Luis Londoño de la Cuesta,*  
Presidente CNSSS.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

*Roberto Junguito Bonnet.*

El Secretario Técnico CNSSS (E),



*Gustavo Rodríguez Benavides.”*

## **6.2. Antecedente jurisprudencial**

Observa la Sala que previo a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las pretensiones de nulidad contra el Acuerdo 242 de diciembre 26 de 2002, resulta necesario tener de presente el aporte del precedente jurisprudencial proferido por esta misma Sección en la **sentencia del 5 de junio de 2014 radicado 25000-23-24-000-2004-00484-03 M.P. María Elizabeth García González**, como quiera que los supuestos de hecho y de derecho analizados en dicha providencia así como las causales de nulidad invocadas, son similares a las exhortadas en la presente oportunidad contra el acto administrativo objeto de nulidad, motivo por el que desde ya se anuncia que los criterios expuestos en dicho fallo se prohijarán *mutatis mutandi* al caso en estudio.

Es así como, en la sentencia del 5 de junio de 2014, se denegaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por las mismas EPS que ahora demandan el Acuerdo 242 objeto de la presente demanda, sólo que en aquella oportunidad el acto administrativo demandado fue el **Acuerdo 252 del 5 de diciembre de 2003, “por medio del cual se aprueba el porcentaje de UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico y se distribuyen unos recursos correspondientes al segundo semestre del 2002 según lo dispuesto en el Acuerdo 217 del CNSSS y el artículo 9º del Acuerdo 245”**, en todo caso,



los dos Acuerdos 242 de 2002 y 252 de 2003 fueron expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS.

Téngase de presente que en la demanda objeto del presente examen de legalidad, **el Acuerdo 242 del 26 de diciembre 2002 se titula “por medio del cual se aprueba el porcentaje de UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico y se distribuyen unos recursos según lo dispuesto en el Acuerdo 217 del CNSSS”.**

Si bien es cierto, el Acuerdo 252 es explícito en señalar en el encabezado del acto que la distribución de los recursos corresponde al segundo semestre del 2002 en los términos del Acuerdo 217 del CNSSS, el Acuerdo 242 de forma expresa no lo dice en su encabezado, sin embargo el inciso 2º del artículo 2º **ídem** señala: “Estos recursos se aplicarán para el reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico del 1º y 2º trimestre del 2002...”, motivo por el que se encuentra claro que el acto acusado también es explícito en señalar el periodo de tiempo respecto del cual recaería la medida adoptada.

Por tanto, no le cabe duda alguna a la Sala, que los Acuerdos 242 de 2002 objeto de la presente demanda y el 252 de 2003 fallado ya mediante Sentencia del 5 de junio de 2014 dentro del radicado 2004-00484-03, desarrollan temas idénticos dada la similitud de los supuestos fácticos y normativos que regulan, además que fueron demandados con fundamento en las mismas causales de nulidad como se verá en seguida -sólo que para la distribución de recursos en periodos de tiempo distintos-,



razón suficiente para acoger en el caso **sub judice** los fundados planteamientos esgrimidos en la citada jurisprudencia.

De otra parte, es preciso señalar que uno de los argumentos de la apelación que se desata mediante la presente providencia, consiste en que, contrario a lo manifestado por el a quo, la parte actora considera que no es posible tener en cuenta el valor del precedente jurisprudencial trazado en la sentencia del 11 de octubre de 2006 radicado 11001-03-24-000-2003-00311-01 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la acción de nulidad simple incoada contra el Acuerdo 245 de 2003.

A juicio de la Sala, si bien es cierto el **Acuerdo 245 de enero 31 de 2003** *“Por el cual se establece la política de atención integral de patologías de alto costo, para los regímenes contributivo y subsidiado del SGSSS”*, en principio dada su titulación no guardaría similitud con el tema regulado por el Acuerdo 242 de 2002 *“Por medio del cual se aprueba el porcentaje de UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico y se distribuyen unos recursos según lo dispuesto en el Acuerdo 217 del CNSSS”*, igualmente lo es que ambos actos administrativos vienen a ser instrumentos normativos que implementan y desarrollan lo consignado en el **Acuerdo 217 del 27 de diciembre de 2001** *“Por el cual se establece un mecanismo para el reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico de la atención en salud del régimen contributivo”*.



A la anterior afirmación se llega, luego de apreciar que uno de los considerandos consignados en la parte motiva de los dos acuerdos comparados -242 y 245-, es coincidente en afirmar lo siguiente: *“Que mediante los Acuerdos 217 y 227 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud adoptó un mecanismo con el propósito de lograr una distribución equilibrada de los costos de atención de distintos tipos de riesgos, contener el gasto y garantizar un equilibrio financiero del SGSSS teniendo en cuenta la desviación del perfil epidemiológico de las EPS y las ARS...”*

Por lo expuesto, la Sala encuentra que no obstante los actos comparados regulan aspectos distintos ambos comparten la misma finalidad que no es otra que la de lograr la equitativa distribución de los costos de atención para pacientes de enfermedades de alto riesgo dado el alto costo que implica, sólo que el Acuerdo 245 lo circunscribió para los pacientes de atención integral de patologías de mayor impacto financiero y mayor desviación del perfil epidemiológico dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como el VIH-SIDA y la Insuficiencia Renal Crónica.

De allí que nada obsta para que, contrario a lo advertido por el apelante, en determinado caso y si los supuestos fácticos y las causales de nulidad contra el Acuerdo 245 de 2003 vienen a ser similares a las esgrimidas para deprecar la nulidad del Acuerdo 242 de 2002, la Sala también prohijará las consideraciones expuestas en la Sentencia del 11 de octubre de 2006 que no desvirtuó la legalidad del Acuerdo 245 de 2003.



### **6.3. Resolución del recurso de apelación**

#### **6.3.1. En cuanto a la falta de competencia temporal y funcional del CNSSS para expedir el Acuerdo 242 de 2002**

El tribunal de primera instancia consideró, que el CNSSS no incurrió en falta de competencia temporal cuando expidió el Acuerdo 242 de 2002, al considerar que no se puede confundir la competencia para fijar la UPC y la competencia que tiene para revisarla; que en todo caso, el acto acusado lo que hace es corregir el desequilibrio financiero por práctica ilegítima de la selección adversa, pero que el Acuerdo 242 no modificó la UPC fijada para el año 2002 pues lo que corrigió fue uno de los factores de dicha unidad como lo es el de la desviación del perfil epidemiológico.

Por su parte, el recurrente frente a las anteriores consideraciones del fallador de primer nivel, expresó que el a quo al desestimar el cargo de falta de competencia temporal, lo que hizo fue incurrir en violación de una norma sustancial, por interpretar de manera errónea el alcance de los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993, es decir, que empleó la norma aplicable al caso pero dándole un alcance interpretativo distinto, razón por la que las EPS actoras no sabían con exactitud el valor de la UPC del año 2002.

En relación con este cargo de la demanda reiterado como argumento de la apelación, observa la Sala que en la sentencia del 5 de junio de 2014, se dijo lo siguiente:



**“2). De la interpretación errónea de la norma del caso por parte del Tribunal de instancia.**

La primera inconformidad de la parte apelante respecto del fallo de primera instancia consiste en que, a su parecer, el Acuerdo núm. 252 de 2003 implicó una modificación retroactiva de la Unidad de Pago por Capitación definida para el año 2002 por el otrora Acuerdo 218 de 2001.

Considera la Sala que esta acusación hace particular referencia a las diferentes funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), relacionadas con la definición de la Unidad de Pago por Capitación y con la adopción de medidas necesarias para evitar una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo consignados en los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993.

Frente a estas funciones, el CNSSS encontró la necesidad de adoptar un mecanismo con el propósito de lograr una distribución equilibrada de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo y garantizar el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual, considera la Sala, se formalizó mediante la expedición del Acuerdo núm. 217 de 2001, que estableció la obligación por parte de las Empresas Promotoras de Salud (EPC) y Entidades Obligadas a Compensar (EOC) de reportar información específica sobre algunas enfermedades de alto costo que serviría de base para definir la desviación del perfil epidemiológico frente a cada EPS, desviación que sería objeto de reajuste o de reconocimiento a partir del 1o. de enero de 2002, lo que efectivamente se hizo con la expedición del Acuerdo demandado.

Este particular punto, por tratarse de las funciones propias del CNSSS, será desarrollado conjuntamente, y de mejor manera, en el análisis del cargo que sigue.

### **3). De la falta de competencia funcional del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.**

La Competencia para expedir actos administrativos hace relación a la aptitud legal (facultad que le otorga la Ley) de una autoridad administrativa para conocer, tramitar y/o decidir válidamente sobre un determinado asunto.

Sobre este elemento de la competencia señala el profesor español José Antonio García - Trevijano Fox<sup>5</sup> que: *“Esta puede distinguirse entre incompetencia absoluta y relativa, según la gravedad del vicio en que el acto haya incurrido; sólo la primera da lugar a nulidad de pleno derecho”*.

Observa la Sala, en el caso concreto, que la Ley 100 de 1993 en su artículo 172 establece una serie de funciones que deberá cumplir el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, dentro de las que se destacan las previstas en los numerales 3° y 9° del mismo artículo, que disponen:

*“ARTÍCULO 172.- El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud **tendrá las siguientes funciones:***

...

*3. **Definir el valor de la unidad de pago por capitación** según lo dispuesto en el artículo 182 del presente libro.*

---

<sup>5</sup> GARCÍA - TREVIJANO FOX, José Antonio. **Los Actos Administrativos**. Segunda Edición. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1991. Págs.: 401 y 402.



...

**9. Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa** de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo” (Negrillas fuera de texto).

A su vez, el artículo 182, ibídem, al que remite el numeral 3 transcrito, establece:

*“Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud.*

*..., el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación, UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de la prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y **será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud**, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud” (Se resalta por la Sala).*

De las disposiciones legales transcritas, emerge una clara competencia (aptitud legal) en cabeza del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para expedir el Acuerdo núm. 252 de 5 de diciembre de 2003.

El propósito claro del Acuerdo cuestionado, era el de definir la metodología para la fijación del porcentaje de la Unidad de Pago por Capitación objeto de distribución por ajuste epidemiológico con el fin de



reconocer las desviaciones existentes en el número de pacientes con algunas patologías de alto costo; y dichas facultades, como ya se dijo, se desprenden de los artículos transcritos de la Ley 100 de 1993.

Y conforme lo interpretó adecuadamente el a quo, fue en el año 2001 y no en el 2003, que se estableció la UPC correspondiente al año 2002. Es así como en el artículo 1° del Decreto 217, se señaló la “DETERMINACIÓN DE PARÁMETROS PARA LA FIJACIÓN DE LA COMPOSICIÓN DE LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN” y se dispuso que LA UPC que el CNSSS reconocerá a las EPS y EOC por cada uno de sus afiliados deberá tener en cuenta LA DESVIACIÓN DEL PERFIL EPIDEMIOLÓGICO, según lo establecido en dicho Acuerdo. Y acorde con lo ordenado en el artículo 9° del Acuerdo 245 de 2003, el segundo semestre del 2002 se pagaría con la metodología establecida para el Acuerdo 217 de 2001.

De ahí que el cargo en estudio no tenga vocación de prosperidad.”

Prohíja la Sala el anterior aparte jurisprudencial, al considerar que no cabe duda acerca de la competencia del CNSSS para adoptar las medidas contenidas en el Acuerdo 242 de 2002, **en uso de la facultad legal asignada en el numeral 9° del artículo 172 de la Ley 100 de 1993**, como quiera que el objetivo primordial de este acto según el artículo 1°, es el de aprobar la metodología propuesta por el Ministerio de Salud en desarrollo del Acuerdo 217 del CNSSS, para la fijación del porcentaje de la UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico, pero no fue el de fijar como tal la UPC del año 2002, para lo cual hubiera ejercido la facultad consignada en el numeral 3° del artículo 172 **idem**.



Por ello, no es cierto como lo indicó el demandante que “en ningún caso a través de la fijación de la UPC, se puede pretender corregir una posible anomalía que se esté presentando en el Sistema, ya que de hacerlo como lo pretende el acto acusado, se incurriría en las causales de falsa motivación y desviación de poder”.

Quizás este es el punto neurálgico de la demanda, por cuanto tal y como lo dijo el a quo, el demandante no puede confundir dos situaciones distintas: i) la fijación de la UPC que para el año 2002 estableció el Acuerdo 218 de 2001 y, ii) la adopción de la medida adoptada en el acto acusado *de fijar el porcentaje de la UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico para el 1º y 2º trimestre del 2002*, la cual no puede ser vista como una revisión o modificación de la UPC del año 2002, que fue la interpretación dada por el apelante al acto acusado.

Bajo esta óptica, tal y como lo afirma el a quo, la Sala considera que los artículos 172 numerales 3º y 9º y en el 182 de la Ley 100 de 1993, no establecen un límite en el tiempo para que el CNSSS pudiera adoptar la medida consignada en el acto acusado, por cuanto el término que según el apelante fue desconocido y que se encuentra consignado en el párrafo 2º del artículo 172 **idem**, es aplicable pero para que el CNSSS haga la revisión de la UPC pero ninguna de las disposiciones que dice el apelante resultaron vulneradas, exigen que para la adopción de la medida adoptada en el Acuerdo 242 de 2002, el Consejo tenía que hacerlo antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal y que, como el acto se expidió en el 2002, no podía de manera retroactiva aplicarlo para el 1º y 2º trimestre de esa misma vigencia fiscal.



Las disposiciones que el apelante considera fueron interpretadas de manera errónea, establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 172. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:

1. Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro.
2. Definir el monto de la cotización de los afiliados del Sistema, dentro de los límites previstos en el artículo 204 de esta Ley.
3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación según lo dispuesto en el artículo 182 del presente libro.
4. Definir el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud.
5. Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud.
6. Definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60 de 1993.
7. Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente Ley.
8. Definir el régimen que deberán aplicar las Entidades Promotoras de Salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo.
9. Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.
10. Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el Gobierno Nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgos catastróficos, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.
11. Reglamentar los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud.
12. Ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía.



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

14. Adoptar su propio reglamento.

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

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

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

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

(...)

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

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



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

En el caso sub judice, la UPC para la vigencia fiscal 2002 fue fijada mediante el Acuerdo 218 del 27 de diciembre de 2001 “*Por el cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para el año 2.002 y se dictan otras disposiciones*”, **mientras que el objetivo del Acuerdo 242 de 2002 fue el de aprobar el porcentaje de la UPC de dicha vigencia fiscal, que sería objeto de redistribución de recursos por reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico, en los términos del artículo 2 idem.**

Por tanto, no cabe duda que se trata de dos actuaciones distintas las desplegadas por el CNSSS que tienen una fundamentación legal diferente, como quiera que para la fijación de la UPC hizo uso del numeral 3º del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, mientras que para adoptar la medida extraordinaria consignada en el Acuerdo 242 de 2002, ejerció la facultad del numeral 9 **idem**, competencia que en todo caso no estaba supeditada en el tiempo como lo interpreta la parte demandante al considerar que debió ejercerla antes de iniciar la vigencia fiscal 2002 y que como el acto acusado fue expedido el 26 de diciembre de ese mismo año, el Consejo modificó de manera retroactiva la UPC de 2002.

Según lo anteriormente expuesto, en ningún caso puede afirmarse que la UPC del año 2002 fue variada como lo entiende el demandante; distinto es que frente a



situaciones adversas que presentaba el Sistema de Seguridad Social, le correspondía al Consejo Nacional adoptar las medidas para hacerle frente a dicha situación, para lo cual se hacía necesario establecer el porcentaje de UPC objeto de distribución por ajuste del perfil epidemiológico, para algunos periodos de dicha vigencia fiscal al observarse que no resultaba suficiente el valor de la UPC fijada.

Por tanto, no observa la Sala falta de competencia temporal en la atribución ejercitada por el CNSSS al expedir el Acuerdo 242 de 2002, como quiera que estaba dentro de sus funciones a la luz del numeral 9º del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, *definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo*”.

Es preciso destacar, que una de las motivaciones esgrimidas en el Acuerdo 242, precisamente coincide con la facultad que ejerció el CNSSS en el numeral 9º del artículo 172 transcrito, al señalar: *“Que el Ministerio de Salud, conforme el artículo 5º del Acuerdo 217, adelantó el mencionado estudio que estableció para el 1º y 2º trimestres de 2002 la existencia en algunas entidades del Régimen Contributivo, de una desviación del perfil epidemiológico que se evidencia en una concentración de eventos atendidos y que dicho estudio define la metodología para la fijación del porcentaje de la UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico”.*

De acuerdo con el contenido del acto demandado, encuentra la Sala que al resultar una verdad incuestionable el hecho de que el Acuerdo 242 de 2002, es un instrumento de desarrollo e implementación del Acuerdo 217 de 2001, lo que el acto



acusado hizo fue, adoptar la metodología prevista en este segundo acto que señala que un porcentaje de la UPC debía ser objeto de distribución por ajuste del perfil epidemiológico, teniendo de presente que se requería de recursos adicionales a la UPC global que previamente había sido fijada por el Acuerdo 218 de 2001 para la vigencia fiscal 2002, con el fin de racionalizar de forma equitativa la utilización de los recursos del Sistema de Salud, perdiendo solidez la afirmación del apelante según la cual, las EPS que conforman la parte actora, no sabían a ciencia cierta el valor de la UPC del año 2002 sólo hasta el primer trimestre del 2003, ya que para este periodo lo que se aplicó, fue la adecuada distribución del ajuste epidemiológico de dicha UPC pero ya la UPC había sido fijada desde el año 2001 con el Acuerdo 218.

No se puede pasar por alto el inciso 2º del artículo 1º del Acuerdo 217 de 2001, que sirve de fundamento al acto acusado, que dice:

**“ARTICULO PRIMERO. DETERMINACION DE PARAMETROS PARA LA FIJACION DE LA COMPOSICIÓN DE LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN.** El valor de la Unidad de Pago por Capitación que el Sistema General de Seguridad Social en Salud le reconocerá a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC) por cada uno de sus afiliados, deberá tener en cuenta la desviación del perfil epidemiológico en cada una de ellas, conforme a lo establecido en el presente Acuerdo.

La aplicación del presente Acuerdo mantendrá el equilibrio financiero del sistema y no podrá modificar en ningún caso el valor global a reconocer por concepto de UPC.”

De acuerdo con el anterior aparte normativo, al cual estaba sometido el Acuerdo 242 de 2002, la Sala encuentra que pierde piso la afirmación de la apelación al considerar que este acto lo que pretendía era salvaguardar los intereses de una EPS en particular como lo es el ISS, como quiera que el Acuerdo 217 es explícito en



señalar que no se podía modificar el valor global de la UPC, es decir, el de todas las EPS en general y no el de favorecer a una en particular.

En suma, a juicio de la Sala, el ejercicio de la facultad consignada en el numeral 9º del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, de la cual hizo uso el CNSSS en el acto acusado no está sometida al término consignado en el parágrafo 2º del artículo 172 **idem**<sup>6</sup>, es decir que la revisión deba hacerse antes de iniciar la vigencia fiscal siguiente, pero en el caso en estudio lo que se dio fue que el Gobierno Nacional adoptó una medida correctiva para frenar un hecho que estaba perjudicando el sistema de seguridad social en nuestro país.

**En cuanto a la falta de competencia funcional del CNSSS para expedir el Acuerdo 242 de 2002**, afirmó el a quo que no se configuró como quiera que le correspondía a este órgano del Gobierno, adoptar medidas para lograr una distribución equitativa de los recursos, ya que el acto no se expidió para corregir el fenómeno de la selección adversa sino para corregir el desequilibrio en el Sistema, originado a causa de la gran concentración de pacientes en una EPS en especial como lo es el ISS, razón por la que no se requería de un estudio epidemiológico sino de estudios técnicos, los que efectivamente fueron tenidos en cuenta además que se contó con la información proveniente de las propias EPS.

---

<sup>6</sup> Artículo 172 parágrafo 2º: PARÁGRAFO 2o. El valor de pagos compartidos y de la Unidad de Pago por Capitación - UPC - serán revisados por lo menos una vez por año, **antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal**. En caso que no se haya revisado la UPC al comenzar el año, ésta se ajustará en forma automática en una proporción igual al incremento porcentual del salario mínimo aprobado por el Gobierno Nacional el año inmediatamente anterior.



Por su parte, el apelante dice que el a quo incurrió en contradicción al avalar la posición de las EPS que decían que el desequilibrio financiero lo produjo la práctica ilegítima de la selección adversa impidiendo la afiliación de pacientes de alto costo, sin embargo cuestionó, que el fallador hubiera desestimado la necesidad de contar con un estudio del perfil epidemiológico, como quiera que el artículo 2º del Acuerdo 242 de 2002 establece que los recursos estaban destinados a reconocer una desviación del perfil epidemiológico.

La Sala considera necesario mencionar que ni la Ley 100 de 1993, ni el Acuerdo 217 de 2001 con fundamento en el cual se expidió el Acuerdo 242, exigen de la elaboración previa de un estudio epidemiológico como lo considera la parte apelante, con fundamento en el cual el Consejo Nacional de Seguridad Social Salud pueda adoptar la medida consignada en el acto acusado, de aprobar el porcentaje de UPC objeto de distribución por ajuste.

Lo que si es cierto, es que el artículo 182 de la Ley 100 establece en el inciso 2º, que “la Unidad de Pago por Capitación se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud”.

Por tanto, queda claro que la norma transcrita lo que dice es que la FIJACIÓN de la UPC -mas no para la adopción de la medida consignada en el acto acusado-, la hace el CNSSS en función del perfil epidemiológico apoyándose en ESTUDIOS



TECNICOS MAS NO EPIDEMIOLOGICOS elaborados por el Ministerio de Salud; sin embargo, la legislación guarda silencio acerca de si esos estudios técnicos se pueden exigir también para las medidas adoptadas como las del Acuerdo 242, hipótesis frente a la cual considera la Sala que no resulta contrario a la legislación que la aprobación del porcentaje de la UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico, tenga como soporte estudios de esta naturaleza que justifiquen la medida adoptada.

Afianza la anterior postura, el hecho de que el CNSSS para la expedición del Acuerdo 242 estaba sometido al procedimiento estipulado en el artículo 5° del Acuerdo 217, que en ningún caso hace referencia a estudios epidemiológicos:

**“ARTICULO QUINTO: METODOLOGÍA PARA LA FIJACION DEL PORCENTAJE DE LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN OBJETO DE DISTRIBUCIÓN POR AJUSTE EPIDEMIOLOGICO:** El porcentaje de la Unidad de Pago por Capitación que se destinará para la distribución por ajuste epidemiológico se realizará según la propuesta que el Ministerio de Salud presente al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la cual deberá ser sustentada con los estudios correspondientes que tendrán en cuenta como mínimo:

1. El número y tipo de eventos por EPS y EOC definidos en el artículo 2° y demás información requerida previamente analizada, criticada y validada.
  2. Calculo de medidas estadísticas que se consideren pertinentes y que reflejen un rango por encima del cual se entenderá que existe desviación del perfil epidemiológico por cada uno de los eventos, con base en la población efectivamente compensada de las EPS y EOC.
  3. Calculo de las desviaciones por EPS y EOC sobre las cuales se determinará el porcentaje a descontar por ajuste epidemiológico.
- El porcentaje definido será descontado de cada una de las UPC que el Sistema les reconoce a las EPS y EOC, y se distribuirá de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.



**PARÁGRAFO:** Para efectos del reconocimiento no se tendrá en cuenta los eventos que estén en proceso de recobro al Fosyga por fallos judiciales y/o del Acuerdo 83 del CNSSS. o la norma que lo modifique o complemente.”

De acuerdo con el contenido de la norma transcrita, no observa la Sala que el Acuerdo 217 de 2001 hubiera exigido la elaboración de un estudio epidemiológico como lo afirma el apelante, en cambio sí exige estudios que han de interpretarse como estudios técnicos, tal y como así lo refirió el Acuerdo 242 en los siguientes considerandos:

“Que para la realización del estudio cuya metodología se encuentra detallada en el documento técnico que hace parte integrante del acta de la sesión en que fue aprobado el presente acuerdo además de los señalado en el artículo 5º del Acuerdo 217 del CNSSS, el Ministerio de Salud tuvo en cuenta las certificaciones suscritas por los representantes legales de cada entidad sobre el cumplimiento de las condiciones de reporte de estos eventos, en particular la no homologación o inclusión de eventos diferentes de los establecidos en el Acuerdo 217, la prestación efectiva de los procedimientos y la dispensación de medicamentos, el cumplimiento de los periodos mínimos de cotización para acceder a estos servicios, el recaudo de aportes y la compensación de los afiliados reportados.

Que el Ministerio de Salud, conforme el artículo 5º del Acuerdo 217, adelantó el mencionado estudio que estableció para el 1º y 2º trimestres de 2002 la existencia en algunas entidades del Régimen Contributivo, de una desviación del perfil epidemiológico que se evidencia en una concentración de eventos atendidos y que dicho estudio define la metodología para la fijación del porcentaje de la UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico“



No existe impedimento legal alguno que le impidiera al CNSSS, establecer el porcentaje de la UPC que podría ser objeto de distribución por ajuste epidemiológico, cometido principal del Acuerdo 242 de 2002, por cuanto ésta es una de las medidas que podría adoptar en aras de dar cumplimiento al postulado del numeral 9 del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, relacionado con medidas tendientes a evitar la selección adversa y la distribución inequitativa de los costos de la atención de los riesgos, máxime cuando estos son los más elevados.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, queda desvirtuada la afirmación del apelante en el sentido de que el CNSSS carecía de competencia funcional y temporal para expedir el Acuerdo 242 de 2002, al supuestamente no tener en cuenta la elaboración de un estudio del perfil epidemiológico con fundamento en el cual se reconociera la desviación del mismo, pues para ello la entidad demandada contó con la valoración de estudios técnicos como el titulado “Estudio de la Desviación del Perfil Epidemiológico en el Régimen Contributivo y propuesta de Redistribución de Recursos”, elaborado por el Ministerio de Salud el 10 de diciembre de 2002<sup>7</sup>, que acreditaban lo que echa de menos el apelante, asunto que será desarrollado a profundidad en el siguiente acápite.

**6.3.2. En cuanto a la deficiencia valoratoria del material probatorio que impidió reconocer las causales de falsa motivación y desviación de poder del Acuerdo 242 de 2002:**

---

<sup>7</sup> Este documento figura en un cuaderno anexo de la contestación de la demanda y consta de 58 páginas



La primera instancia no encontró acreditadas ni la falsa motivación ni la desviación de poder en que a juicio de la parte demandante incurrió el Acuerdo 242 de 2002, al considerar que no cabe duda de la existencia de un desequilibrio financiero en el Sistema de Seguridad Social debido a la concentración de pacientes cuyos tratamientos son de alto costo en una EPS en especial como lo es el ISS, ya que la parte demandante no acreditó la inexistencia de este hecho tanto así que nunca lo desvirtuó, como tampoco negó la práctica perjudicial de algunas EPS de la selección adversa de pacientes.

En el mismo sentido, el a quo desestimó la apreciación de la demandante según la cual, el acto acusado lo que hace es premiar el desgreño administrativo del ISS, al afirmar que la parte actora debió desvirtuarlos de manera contundente para dejarlos sin valor. En cambio dijo, que obraba en el expediente el documento titulado “Estudio de Evaluación Integral del Equilibrio Financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, fechado diciembre de 2001 aportado por el ministerio demandado dentro del expediente radicado 2003-00587 actor COOMEVA acumulado al presente proceso, en el que se acreditaba de manera fundada la práctica de la selección adversa, frente al que la actora no esgrimió reproche alguno.

De igual manera, la primera instancia desestimó el valor probatorio de los testimonios de los señores Nelcy Paredes Cubillos, Guillermo Llanos Bejarano, Carlos Alberto Naranjo Botero y Juan Pablo Rueda Sánchez, al considerar que no es cierto como lo afirmó la demandante, que en sus declaraciones hubieran afirmado que la medida adoptada en el Acuerdo 242 de 2004 lo que pretendía era favorecer al ISS. Insistió en que no fue desvirtuado por la demandante, el valor



probatorio del documento “Estudio de la Desviación del Perfil Epidemiológico en el Régimen Contributivo y Propuesta de Redistribución de Recursos”, fechado 10 de diciembre de 2002 que acreditó entre otros hechos, la desviación de perfil epidemiológico en unas EPS.

Frente a las anteriores apreciaciones, se opuso el apelante al afirmar que el análisis de las causales de falsa motivación y desviación de poder carecieron de una juiciosa valoración de la prueba testimonial y técnica obrante en el expediente; que tanto el Acuerdo 217 como el 242 objeto de nulidad, están desviados de graves inconsistencias en cuanto a la determinación del perfil epidemiológico y de su desviación; que la prueba testimonial acredita la inexistencia de desviación del perfil epidemiológico motivo por el que el acto está falsamente motivado; censuró que el a quo no analizó el documento técnico del perito Guillermo Llanos Bejarano; criticó que previa la expedición del Acuerdo 242 se debió contar con una auditoría con metodología técnica y no por muestreo, que acreditara la evaluación de la información aportada por las EPS, tal y como lo afirmaron las declaraciones de los señores Nelcy Paredes y Juan Pablo Rueda.

Respecto de la causal invocada de desviación de poder en que dice el apelante incurrió el Acuerdo 242 de 2002, señaló que sí está acreditada ya que el acto lo que hizo, fue favorecer la actuación negligente del ISS que debido a que no tuvo prácticas de prevención que evitaran que varios de sus afiliados llegaran a la etapa de la enfermedad terminal y por ende exigieran de tratamientos de alto costo.



Así mismo señaló que el acuerdo acusado no cumplió con los cometidos señalados en la parte motiva del acto, por cuanto si lo que pretendía era supuestamente corregir una presunta desviación del perfil epidemiológico que se venía presentado por la atención de las enfermedades de alto costo, se trataba de un “simple maquillaje” pues en últimas lo que se consiguió fue recaudar unos recursos que apalancaran al ISS dado el déficit presupuestal que esta entidad soportaba.

Pues bien, previa a la resolución de los anteriores puntos de inconformidad, la Sala tendrá de presente el valor del precedente jurisprudencial al que se hizo alusión en el acápite 6.2., como quiera que en la sentencia del 11 de octubre de 2006 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo dentro del radicado 2003-00311, respecto de estas mismas causales de nulidad invocadas contra el Acuerdo 245 de 2003, la Sala dijo lo siguiente:

“En el primer cargo, la actora señala que el acto acusado fue expedido con desviación de poder y falsa motivación, por cuanto lo único que se pretendió con el acto acusado fue favorecer al ISS, quien, según afirma, se encontraba en un desgüeño administrativo y financiero que lo tenía al borde del colapso, prueba de lo cual fueron los pactos firmados entre el Gobierno, el ISS y Sintraseguridad Social.

A folio 404 del expediente obra la comunicación de 27 de mayo de 2005, suscrita por la Secretaria General del ISS en respuesta al oficio librado por la Secretaría de esta Sección para que informara si para los años 2002 y/o 2003 debió el Gobierno Nacional inyectarle una partida de quinientos mil millones de pesos al sector salud del ISS a efectos de evitar su inmediato colapso:

“La Dirección Nacional de Planeación Corporativa del Instituto de los Seguros sociales sobre el particular indicó que como resultado del acuerdo integral con la



administración del instituto de Seguros Sociales y el Sindicato de Trabajadores de la Seguridad Social SINTRASEGURIDAD SOCIAL y con el objeto de propender por la recuperación del ISS y colocar en condiciones de viabilidad financiera la actividad de salud del Instituto de Seguros Sociales, el Gobierno Nacional se comprometió a conceder un crédito de largo plazo, condonable al Instituto a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en cuantía de un BILLÓN DE PESOS, cuyo propósito fue el de facilitar la generación de condiciones estructurales de desarrollo institucional, para el cumplimiento de su misión constitucional y legal en el contexto del Sistema General de Seguridad social en Salud.

“El crédito se desarrolló en dos desembolsos, el primero se llevó a cabo el 13 de diciembre de 2001, por un valor de \$500.000 millones y el segundo el 20 de diciembre de 2002, por una suma igual a la señalada anteriormente”.

A juicio de la Sala, el anterior Oficio demuestra, precisamente, que la finalidad del Acuerdo acusado no era la de “rescatar” al ISS, pues para tal efecto fue que se le otorgó el citado crédito, al cual se llegó mediante los pactos a los cuales se refiere la actora, lo cual no podía ser de otra forma, pues es ilógico pensar que el traslado de unos cuantos pacientes del ISS a otras EPS solucionaría el problema económico de aquél.

(...)

Se tiene, entonces, que la finalidad del Acuerdo fue el buscar que los pacientes con las patologías indicadas tuvieran en realidad una atención adecuada y evitar el desequilibrio financiero del Sistema, lo cual se encuentra acorde con los principios constitucionales y legales que disponen que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado (artículo 49 del C.C.A.) y que los objetivos del SGSSS son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención (artículo 152 de la Ley 100 de 1993), lo cual pretendió el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante la distribución equitativa entre EPS de los pacientes con VIH-SIDA e insuficiencia



renal crónica, en desarrollo de la función a él expresamente atribuida por el artículo 172, numeral 9, de la Ley 100 de 1993.”

De acuerdo con el aparte jurisprudencial transcrito, se observa que la Sala en dicha oportunidad no acogió el cargo relativo a la falsa motivación y a la desviación de poder del Acuerdo 245 de 2003, porque en el sentir de COOMEVA su expedición tenía como fundamento principal favorecer al ISS tal y como ahora lo plantearon también las demandantes y el apelante, al considerarse en dicho fallo que el objetivo primordial del acto acusado, no era otro que el de evitar el desequilibrio financiero del Sistema originado por la concentración inequitativa de la población de alto riesgo en unas pocas EPS, aplicando los principios que orientan la prestación de este servicio público, sin pretender beneficiar a una EPS en particular teniendo de presente el crédito a largo plazo que hizo el Gobierno Nacional al ISS para conjurar una crisis financiera en la que se encontraba.

Por su parte, en la Sentencia del 5 de junio de 2014 radicado 2004-00484-03, también la Sala desestimó la presencia de las causales de falsa motivación y desviación de poder en que según la actora incurrió el Acuerdo 252 de 2003, al considerar lo siguiente:

**“4). De la falsa motivación y desviación de poder en el caso concreto.**

Considera la parte apelante que la entidad demandada se extralimitó en sus funciones abusando y desviando su poder debido a que el acto administrativo demandado se profirió para beneficiar a una EPS pública, como lo es el Instituto de Seguros Sociales, y no para equilibrar desviaciones irregulares del mercado. Por lo tanto, la competencia para

determinar la UPC se utilizó para finalidades diferentes de aquella para la cual fue supuestamente establecida.

Respecto de la causal invocada por el recurrente de la desviación o abuso de poder, se hace necesario anotar que esta causal de anulación de los actos administrativos atenta contra uno de los elementos estructurales de legalidad de los mismos, cual es el de su finalidad.

El profesor Héctor Jorge Escola advierte que: *“los órganos de la administración deben cumplir sus actividades procurando alcanzar ciertos objetivos que, cualesquiera que sean, siempre habrán de estar de acuerdo con el interés público”*<sup>8</sup>.

De una lectura concienzuda, mesurada y reposada del acto administrativo demandado, concluye la Sala que la finalidad del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para su expedición, fue adoptar unas medidas pertinentes, teniendo en cuenta la existencia en algunas entidades del régimen contributivo de una desviación del perfil epidemiológico que se evidencia en una concentración de eventos atendidos, que desde la expedición del Acuerdo 217 de 2001 se había vislumbrado.

Y no existe prueba alguna en el expediente que demuestre la censura que plantea la recurrente.

Por último, considera la recurrente que el Acuerdo acusado fue expedido con falsa motivación ya que “se partió de un supuesto erróneo y no comprobado acerca de la existencia de una selección adversa de pacientes y por tanto de la existencia de una desviación del perfil epidemiológico...”.

---

<sup>8</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. **Tratado general de procedimiento administrativo**. Segunda edición. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1981. Pág.: 55.

La falsa motivación de los actos administrativos se constituye en un vicio de los mismos que atenta contra el elemento estructural de legalidad denominado “Los Motivos”, que hacen referencia a las circunstancias de hecho y de derecho que sirven de fundamento para la expedición de aquellos.

En relación con este elemento ha señalado esta Corporación que: “... *la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determinan a tomar una decisión. **En las actividades fundamentalmente regladas, los actos de la administración están casi totalmente determinados de antemano;** en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo. Las circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso, llevan a dictar el acto administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho acto administrativo”<sup>9</sup> (Resalta la Sala fuera de texto).*

En el caso del Acuerdo sub examine, se observa una intención del creador, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de desarrollar las funciones propias que emanan de los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993, relacionados con la facultad de definir el valor de la unidad de pago por capitación, así como de establecer unas medidas para evitar la selección adversa de usuarios con enfermedades por parte de las EPS en el régimen contributivo. No se evidencia, pues, motivo o causa diferente que la de desarrollar y darle cumplimiento a las normas citadas, amén de que tampoco en el expediente obra prueba alguna que le de sustento a este cargo, por lo cual no está llamado a prosperar.

Por los motivos expuestos, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.” (subrayas fuera de texto)

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de junio de 1997.



De acuerdo con los apartes transcritos de la jurisprudencia prohijada, la Sala observa que no fueron acogidas las causales de falsa motivación ni desviación de poder en la expedición del Acuerdo 252 de 2003, por cuanto en ningún momento se encuentran acreditadas en el expediente las afirmaciones de la actora en dicho proceso en el sentido de que ese acto se hubiera expedido para favorecer al ISS, sino que el CNSSS lo que hizo fue adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar la selección adversa de usuarios con enfermedades de alto costo por parte de las EPS en el régimen contributivo, además que no evidenció motivo o causa diferente a la de desarrollar y darle cumplimiento a los artículos 172 y 182 de la Ley 100 de 1993.

### **6.3.3. Caso concreto ausencia de las causales de falsa motivación y desviación de poder del acto acusado.**

En la presente oportunidad, la Sala además de prohijar las anteriores providencias por cuanto los supuestos de hecho y de derecho son muy similares a los que en la presente demanda se analizan, considera necesario efectuar las siguientes precisiones.

En primer lugar, la Sala no comparte la afirmación del apelante según la cual, el a quo no efectuó un juicioso análisis valorativo de la prueba testimonial y técnica obrante en el expediente, distinto es que la apreciación a la que llegó, no sea compartida por la parte apelante. Fue por esta razón, que el a quo no acogió la posición del apelante según la cual, con fundamento en varios apartes de las



declaraciones rendidas ante el despacho de primera instancia, en especial de los testimonios de los señores Nelcy Paredes Cubillos y Juan Pablo Rueda, quedó acreditada la inexistencia de la desviación del perfil epidemiológico que permitiera la adopción de la medida consignada en el Acuerdo 242 de 2002.

La Sala considera que la posición del tribunal de primera instancia no es desacertada, debido a que no se puede desconocer el principio rector que orienta el procedimiento civil aplicable por remisión a esta jurisdicción, consignado en el artículo 187 del CPC, que dice que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y que el juez expondrá siempre de forma razonada el mérito que le asigne a cada prueba.

Por tanto, la Sala lo que observa en el presente caso, es que la decisión adoptada por el a quo, es producto del análisis valorativo que en conjunto le dio al material probatorio allegado al expediente con fundamento en las reglas de la sana crítica. De allí que a juicio del fallador, contrario a lo deprecado por la parte actora, los testimonios de los señores Paredes Cubillos y Rueda no lograron demostrar que el objetivo del Acuerdo 242, fuera el de beneficiar al ISS para lo cual además de valorar sus dichos, le dio importancia y valor probatorio a la prueba documental consignada en los documentos denominados “Estudio de Desviación del Perfil Epidemiológico en el Régimen Contributivo y propuesta de Distribución de Recursos” y “Estudio de Evaluación Integral del Equilibrio Financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, elaborados ambos por el Ministerio de Salud en los años 2001 y 2002. Por tanto, se trata de la valoración de la prueba testimonial y documental desde dos puntos de vista, siendo compartida por esta instancia la posición asumida por el fallador de primera instancia.



Llama la atención de la Sala, que el apelante guardó silencio frente a las conclusiones a las que llegó el a quo, al analizar el documento técnico denominado **“Estudio de la desviación del perfil epidemiológico en el régimen contributivo y propuesta de redistribución de recursos”**, elaborado el 10 de diciembre de 2002, que tomó como base la información proveniente de las EPS en la ejecución del Acuerdo 217, llegando a las siguientes conclusiones: i) existe desviación de perfil epidemiológico en unas EPS, pues mientras el ISS destina el 10% de la UPC las otras EPS destinan apenas un 2.23%; ii) las EPS ISS, CAJANAL, CAPRESUB y FERROCARRILES EAS, atendieron en el primer semestre de 2002 una cifra superior al 120% de los eventos esperados; iii) las EPS y EOC del régimen contributivo invierten menos del 5% de la UPC promedio y iv) el Ministerio debe intervenir el modelo de atención de enfermedades de alto costo.

Efectivamente la segunda instancia, constata que las juiciosas apreciaciones a las que llegó el a quo, encuentran fundamento en la prueba documental citada que obra a folios 1-58 del cuaderno de anexos de la contestación de la demanda, conclusiones que nunca fueron desvirtuadas por la apelante.

Por tanto, pierde fuerza el argumento de inconformidad según el cual, el Acuerdo 242 de 2002 fue expedido por el CNSSS sin contar con una sólida prueba técnica, pues por el contrario se observa con el documento analizado, que cuenta con abundante soporte estadístico y metodológico del perfil epidemiológico de la población colombiana y de la desviación en que se incurrió en el año 2002, que hacía necesario adoptar la medida consignada en el acto demandado.



Así lo acredita el siguiente aparte de estudio técnico elaborado por el Ministerio de Salud:

“Para evaluar el comportamiento de los eventos de que trata el Acuerdo 217, se tomó la población compensada por cada EPS durante cada uno de los trimestres analizados, mereciendo comentarios el primer trimestre por ser el de mayor población compensada, aunque la tendencia se repite en el segundo trimestre.

En esta población se analizó la composición de los grupos etáreos y su distribución geográfica, buscando el reflejo de los supuestos teóricos con los cuales se calculó la UPC para el Sistema, toda vez que como se mencionó, el equilibrio en la composición etárea de una EPS es un factor determinante de su viabilidad y del equilibrio de su gasto en salud.

(...)

Destaca como el ISS EPS con el 25% de la población maneja el 47% de afiliados mayores de 60 años, mientras que en las EPS privadas con el 70% de la población este grupo poblacional representa el 36%. También es evidente como en los grupos etáreos donde se reconoce una UPC diferencial menor según su riesgo, como la población entre 1 a 4 años, 5 a 14 años y 15 a 44 años hombres, las EPS privadas tienen el mayor porcentaje de sus afiliados representado en el 8, 20 y 24% de su población respectivamente, mientras el ISS EPS para estos mismos grupos etáreos tiene el 3, 15 y 18%” (folio 26 del cuaderno de anexos contestación de la demanda)

Distinto resulta es que el apelante pretenda anteponer la opinión de los expertos epidemiólogos, refiriéndose al testimonio y al documento técnico elaborado en el



año 2003 por el señor Guillermo Llanos Bejarano titulado “Análisis epidemiológico de los acuerdos N° 217 y 242 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”<sup>10</sup>, frente a las conclusiones a las que llegaron en el documento técnico que sirvió de referencia y fundamentó precisamente al documento del experto Llanos, pues si de ello se trata, en el paginario también obra concepto de la actuaria asesora del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Loredana Helmsdorff sobre el estudio de la desviación del perfil epidemiológico elaborado por el Ministerio de Salud, rendido en diciembre de 2002 quien afirmó *“considero que además de que la metodología aplicada es matemáticamente lógica, es consistente con lo previsto en el Acuerdo 217 para el cálculo de las desviaciones y redistribución de los recursos”*<sup>11</sup>.

Por tanto, en el **sub iudice** obra prueba testimonial y técnica que según el punto de vista de quien la invoque, acredita la posición que se pretenda hacer valer, siendo en este caso compartida por la Sala la conclusión a la que arribó el a quo, en el sentido de que el estudio técnico elaborado por el Ministerio de Salud contiene las justificaciones que acreditan la existencia de una desviación del perfil epidemiológico para el año 2002, por lo que el Gobierno debía adoptar medidas tales como la del Acuerdo 242, con el fin de distribuir los recursos de la UPC a aquellas EPS que tuvieran una desviación significativa del perfil epidemiológico, razón suficiente para descartar la supuesta falsa motivación del acto.

---

<sup>10</sup> Figura a folios 195-232 del cuaderno correspondiente al radicado 2003-0589. En uno de los apartes del documento el autor dijo: “A pesar que el espíritu del Acuerdo 217 pretende equilibrar los costos de la atención de los distintos tipos de riesgos, en la aplicación de la metodología analizada no se utilizan las medidas epidemiológicas apropiadas para la estimación del riesgo poblacional, como lo son las *tasas de incidencia* de la enfermedad y por el contrario, se emplean otros indicadores que no reflejanel riesgo de enfermar.

<sup>11</sup> Figura a folios 148 del Cuaderno de Anexo de la contestación de la demanda



La Sala precisa que no se trata de demeritar un documento técnico u otro, sino de acoger aquel que en conjunto con las demás pruebas aportadas al expediente, llevaron al convencimiento del tribunal de primera instancia de encontrar acreditada la existencia de la desviación del perfil epidemiológico en el año 2002.

De otra parte, no pueden perderse de vista las observaciones expuestas por el Secretario Técnico del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en el oficio dirigido a la Directora Ejecutiva de la Agrupación ACEMI para el mes de diciembre de 2002 señora Nelcy Paredes Cubillos -cuyas declaraciones han sido profusamente destacadas por el apelante-, en las que el vocero del Consejo expone comentarios y las justificaciones sobre el proceso de implementación del del Acuerdo 217. Dada su pertinencia con el tema analizado, se transcriben algunas de ellas:

“Con la información reportada por las EPS en cumplimiento del Acuerdo 217, es posible medir la existencia de desviaciones del perfil epidemiológico entre EPS confrontando la presencia de estos eventos en el Régimen Contributivo (casos reales totales), con lo atendido por cada EPS (casos reales por entidad de acuerdo a su población).

En cuanto a la presión que pueda tener en el alto costo de las EPS la aplicación del Ac. 217, los resultados del estudio adelantado por el Ministerio de Salud con la información reportada muestra la relación existente entre el total de eventos y la población compensada por entidad, donde el ISS EPS con el 24.86% de la población, asumió el 47.47% del total de eventos, en tanto las EPS privadas quienes agrupan el 69.75% de la población, asumieron el 45.45% del total de eventos. Lo anterior traducido a valores de UPC, muestra como el FOSYGA durante el 1º semestre de 2002 canceló una UPC mensual (promedio) de \$26.637,25 y los eventos reportados representaron un per cápita



mensual de \$1.103,54, que equivale al 4.41% de dicha UPC mensual (promedio). No obstante, el ISS EPS durante el 1º semestre de 2002, recibió una UPC mensual (promedio) de \$29.593,16 (el 111%), pero invirtió un per cápita mensual de \$2.815,82 en los eventos que le fueron aceptados dentro de la información reportada, equivalentes al 9.86% de las UPC mensuales (promedio) reconocidas durante este periodo por el FOSYGA, mientras en este mismo ejercicio, las EPS privadas recibieron una UPC mensual (promedio) de \$25.133,73 (el 94.36%) e invirtieron un per cápita mensual de \$522.95, el 2.23% de la UPC mensual (promedio) que recibieron por el FOSYGA.

(...)

Así las cosas, sobre el comportamiento de las desviaciones de los eventos contemplados en el Acuerdo 217, el estudio realizado por el Ministerio de Salud con la información reportada por las EPS muestra como existe en algunas entidades una importante concentración de enfermedades de alto costo de las definidas por el Ac. 217, mientras que otras entidades tienen un número inferior de eventos, los que proporcionalmente les significa invertir un menor valor de UPCE (el 2.23% de la UPC mensual promedio en el caso de las EPS privadas).

Si se analiza esta situación frente al porcentaje estimado en otros estudios realizados por el Ministerio de Salud, del porcentaje que se debería invertir por cada EPS en el Régimen Contributivo para la atención de enfermedades catalogadas como de alto costo en el POS, el cual se espera oscile entre un 6 y 12% de la UPC, se hace evidente la menor inversión de algunas entidades en los eventos reportados en cumplimiento del Ac. 217, lo cual garantiza que aun considerando una redistribución de recursos que reconozca esta desviación en las entidades con mayor número de eventos, se mantiene el equilibrio técnico entre la UPC y el POS.”

No obstante, es posible complementar el resultado de los hallazgos contenidos en el estudio adelantado por el Ministerio de Salud sobre la



desviación del perfil epidemiológico (Acuerdo 217), realizando un análisis de las series de datos de todos los servicios incluidos en el POS, para lo cual se hace necesario que las EPS y demás Entidades Obligadas a Compensar entreguen la información correspondiente al Ministerio de Salud. Vale mencionar que con la implementación del Acuerdo 217, por primera vez en la historia del Régimen Contributivo y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se dispone de una información objetiva entregada directamente por 22 de 38 EPS y Entidades Obligadas a Compensar que manejan el 98.75% de los afiliados, quienes reportaron los casos efectivamente atendidos durante el primer semestre de 2002, con un importante grado de desagregación por usuario (avalado con nombre y documento de identidad), por diagnóstico y por número de procedimientos realizados a dosis de medicamentos dispensados, lo cual hace posible una validación precisa de la calidad del dato, dándole una alta consistencia y confiabilidad a la información y por esta vía a sus hallazgos y resultados”. (folio 154 y 155 cuaderno anexos contestación de la demanda)

De acuerdo con los apartes de la prueba documental transcrita, la Sala encuentra acreditada la improsperidad de las causales de falsa motivación y desviación de poder del Acuerdo 242 de 2002, como quiera que el órgano encargado de dirigir el Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>12</sup>, acreditó con estadísticas la difícil situación que afrontaba la EPS ISS dada la alta concentración de pacientes de alto costo que atendió durante ese año, motivo por el que al Gobierno Nacional le correspondía adoptar las medidas para hacerle frente, entre ellas, las consignadas en los acuerdos 217 de 2001 y 242 de 2002.

Finalmente respecto de la afirmación del recurrente, en el sentido de que previamente a la expedición del Acuerdo 242, la entidad demandada debió contar

---

<sup>12</sup> El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud fue creado por la Ley 100 de 1993, reglamentado mediante el Acuerdo 31 de 1996 y posteriormente se denominó Comisión de Regulación en Salud, creada mediante la Ley 1122 de 2007



con una auditoría con metodología técnica y no por muestreo que acreditara la evaluación de la información aportada por las EPS según la reclamaron los testigos Nelcy Paredes y Juan Pablo Rueda, la Sala no está de acuerdo, por cuanto se trata de una apreciación o sugerencia personal de los declarantes, pero no se trata de una exigencia legal que la entidad demandada hubiera omitido cumplir.

Lo anterior, por cuanto ninguna disposición de la Ley 100 de 1993 ni del Acuerdo 217 de 2001 que le dio fundamento al acto acusado, exigen de la auditoría con metodología técnica que está echando de menos el apelante. Además de lo anterior, tal exigencia reñiría con el principio de la buena fe consignado en el artículo 83 de la Carta Política, pues debe partirse de la presunción de que la información aportada por las EPS y de la cual se nutrió el Ministerio de Salud para elaborar el documento “Estudio de la desviación del perfil epidemiológico en el Régimen Contributivo y Propuesta de Redistribución de Recursos”, es seria, confiable y se ajustaba a la realidad que atravesaba el sistema.

Respecto de la afirmación del apelante en el sentido de que el acuerdo acusado no cumplió con los cometidos señalados en la parte motiva del acto ya que lo que hizo fue conseguir recursos para que apalancaran la EPS ISS, la Sala tampoco lo acoge pues es una apreciación subjetiva que carece de fundamento probatorio, aunado al hecho de que tal y como lo dijo la Sentencia del 11 de octubre de 2006 prohijada mediante el presente fallo, el Gobierno le giró un préstamo cuantioso al ISS para enfrentar la comprometida situación financiera que atravesaba dicha EPS.



En vista de que los argumentos de la apelación, no lograron restarle mérito a la decisión del a quo según la cual, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, no existen fundamentos que desvirtuaran la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, el fallo apelado será confirmado, tal y como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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**

**Primero. CONFIRMASE** la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 16 de junio de 2011.

**Segundo.** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

### **Cópiese, notifíquese y cúmplase**

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



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES  
GONZALEZ  
PRESIDENTE

MARIA ELIZABETH GARCIA

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO  
AYALA

GUILLERMO VARGAS