



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION QUINTA**

**Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ  
BERMÚDEZ**

Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número:** 25000 2324 000 **2005 01532 01**  
**Demandante:** **COMPAÑÍA SURAMERICANA DE  
SERVICIOS DE SALUD - SUSALUD**  
**Demandado:** CONSEJO NACIONAL DE  
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
FALLO – Segunda instancia**

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso el apoderado de la demandante, contra la sentencia de 13 de agosto de 2012, por la cual la Sección Primera, Subsección “C”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca: **I)** Se declaró inhibida para pronunciarse sobre el punto segundo de las pretensiones; y **II)** Negó las demás pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

La Compañía Suramericana de Servicios de Salud, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 7 de diciembre de 2005<sup>1</sup>, para que accediera a las siguientes pretensiones:

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 71 del cuaderno N° 2 del expediente.

**“PRIMERA.** Se declare la **nulidad** del Acuerdo No 296 de 2005 del 28 de junio de 2005, publicado en el diario oficial No. 45.994 del 8 de Agosto del mismo año, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud por medio del cual se determina el valor del K y de los elementos de la fórmula definida por el CNSSS para equilibrar las desviaciones que se presentan entre las distintas **EPS** en función del número de pacientes con enfermedades de alto costo y se establecen los coeficientes para cada **EPS** para el año 2005.

**SEGUNDA.** Que se declare la nulidad de todos los actos administrativos que en el futuro se lleguen a expedir como causa o consecuencia o aplicación del Acuerdo 296 del 28 de Junio de 2005 proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o por el Ministerio de Salud directamente. Lo anterior de conformidad con la teoría del decaimiento del acto administrativo.

**TERCERA.** Como consecuencia de la declaración de nulidad solicitada en la pretensión primera, y como restablecimiento del derecho solicitado se condene a **LA NACION - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL** al Restablecimiento del Derecho a favor de **SUSALUD** consistente en la restitución de los dineros que dicha **EPS**, se vea obligada a consignar al Sistema General de Seguridad Social en Salud o que el sistema directamente descuente como consecuencia del Acuerdo No. 296 de 28 de Junio de 2005 expedido por el **Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud**, hasta que se dicte sentencia definitiva.

**CUARTA.** Que se condene a la **NACION - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL** a pagar a **SUSALUD** el lucro cesante en relación con las sumas mencionadas en la pretensión anterior de esta demanda, teniendo en cuenta el interés comercial máximo permitido por la ley, o **subsidiariamente** la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, de conformidad con las fechas de los pagos o de los descuentos correspondientes.

**QUINTA.** Que como consecuencia de la declaración de nulidad solicitada en la pretensión primera, se condene a **LA NACION - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL** a pagar todos los perjuicios que se hayan causado a **SUSALUD**, como consecuencia de la expedición y vigencia del Acuerdo No. 296 de 28 de Junio de 2005 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo que se demuestre en el proceso.

**SEXTA.** Que se inaplique al caso concreto los Acuerdos 287 y 295 de 2.005 expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud por ser manifiestamente inconstitucionales, con fundamento en el artículo 4 de la Carta Fundamental.

**SEPTIMA.** Que en la sentencia se tenga en cuenta lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

**OCTAVA.** Que se condene en costas a la parte Demandada<sup>2</sup>.

## 1.2. Los hechos

---

<sup>2</sup> Folio 43 del cuaderno N° 2 del expediente.

La demandante se encuentra autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud para la prestación del Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS), a través de un programa denominado SUSALUD Empresa Promotora de Salud (en adelante SUSALUD).

El Estado considera como tratamiento de patologías de alto costo los siguientes: **a)** Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer; **b)** Diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplantes renal, de corazón, de médula ósea y de córnea; **c)** Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones; **d)** Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central; **e)** Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético congénitas; **f)** Tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor; **g)** Terapia en unidad de cuidados intensivos; y **h)** Reemplazos articulares.

La UPC<sup>3</sup> está determinada 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 no por patologías individuales, ni siquiera si estas son o no de alto costo, por lo tanto mirar un patología individual desdibuja el sistema.

Lo anterior implica que la UPC cubre todas las patologías en los términos del POS y puede en consecuencia presentarse al interior de cada EPS desviaciones entre patologías de alto costo y patologías no calificadas como tales, y ello constituye uno de los riesgos empresariales de las EPS. El análisis de las diferentes patologías implica un criterio de tasación de la UPC, nunca un criterio de compensación entre las EPS, ya que ello implica un desconocimiento del espíritu de la Ley 100 de 1993, viola el principio de igualdad y constituye eventualmente un estímulo a las deficiencias administrativas de algunas EPS, y específicamente del entonces ISS.

SUSALUD ha tenido que reconocer a sus afiliados, prestaciones cuantiosas relacionadas con enfermedades de alto costo, diferentes a la insuficiencia renal crónica, incluso al techo positivo determinado

---

<sup>3</sup> Unida de pago por capacitación. valor per cápita reconocido por el sistema general de seguridad social en salud a cada EPS, por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado.

en el acto demandado en relación con el ISS<sup>4</sup>. Lo anterior corresponde al mismo período que fue objeto de información en la actuación administrativa que dio lugar a la expedición del acto administrativo que ocupa a la Sala y cuya nulidad se solicita.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud no tuvo en cuenta la totalidad de las desviaciones para la compensación consagrada en el acuerdo impugnado, sino que sólo analizó un riesgo, el referente a la insuficiencia renal crónica, cuando ello desfigura y desconoce los criterios objetivos de determinación de la UPC.

El Ministerio de la Protección Social solicitó información relacionada con pacientes diagnosticados con patologías VIH e insuficiencia Renal Crónica atendidos por la EPS SUSALUD durante el periodo comprendido entre el 31 de Julio de 2003 al 30 de Junio de 2004. Solicitudes adicionales en este sentido se realizaron mediante escritos del 26 de enero de 2005 y 17 de marzo del mismo año. Similares peticiones de información se realizaron por el mismo Ministerio de la Protección Social a las demás EPS que operan en el país.

Ese mismo Consejo expidió el Acuerdo 00287, publicado en el diario oficial del 28 de marzo de 2005, por medio del cual se define el coeficiente que se aplicara a la UPC con el fin de reconocer las desviaciones existentes en el número de pacientes con algunas patologías de alto costo.

El CNSSS, expidió el Acuerdo 287 de 2005 en ejercicio de las facultades legales, conferidas en los artículos 172, 182 y 222 de la Ley 100 de 1993, lo que merece el siguiente comentario general: *“ninguna de las disposiciones invocadas consagra la facultad de establecer sistemas de compensación con base en la existencia de desviaciones en el número de pacientes con una patología determinada, máxime cuando no existe estudio alguno que demuestre la causa ilegal de las desviaciones existentes en el número de pacientes con IRC, ya que la existencia de la desviación en sí misma no es ilegal”*.

---

<sup>4</sup> El techo anual de la compensación con el Coeficiente CIRC<sub>i</sub> para cada EPS, no podrá superar o ser inferior al resultado de la diferencia de la compensación con el Coeficiente CIRC con relación a la Compensación Observada.

Ante las reclamaciones presentadas por diferentes integrantes del sistema de seguridad social en salud, expidió el Acuerdo 295 de 8 de agosto de 2005, modificando parcialmente su Acuerdo 287.

Finalmente, expidió el Acuerdo 296, demandado, por medio del cual se determina el valor del K de los demás elementos de la fórmula definida para equilibrar las desviaciones que se presentan entre las distintas EPS en función del número de pacientes con enfermedades de alto costo y establece los coeficientes para cada EPS, para el año 2005, estableciendo un techo para SUSALUD de (\$4.526.543.128)<sup>5</sup>.

### **1. 3. Las normas violadas y el concepto de la violación**

Constitución Política artículos 13, 29, 48, 49, 121, 333, 365.

Código Contencioso Administrativo artículos 28, 34, 35, 44.

Ley 100 de 1993 artículos 153, numeral 4°, literal a) del 154, 156, 159, párrafo 4° del 162, 172, 183, 184, 222.

Indicó que se viola el principio de igualdad cuando se expidió el Acuerdo para favorecer al I.S.S., desconociendo la competencia que establece la Ley 100 de 1993 en la materia. Asimismo cuando se busca una sola patología para determinar el techo a compensar<sup>6</sup>.

Sostuvo que en la conformación del acto acusado no se permitió a las partes, esto es, a las EPS ejercer un verdadero derecho a la defensa, pues las pruebas que sirvieron como fundamento para la adopción de la decisión contenida en el acto acusado no pudieron ser controvertidas.

Aseguró que el acto demandado fue notificado en indebida forma pues generó a las EPS efectos de carácter individual, razón por la que debían ser notificados en forma personal.

Afirmó que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, sólo es competente para modificar la UPC dentro del límite temporal y conceptual establecido en el párrafo segundo del artículo 172 de

---

<sup>5</sup> Ver nota al pie N° 4.

<sup>6</sup> Ver nota al pie N° 4.

la Ley 100 de 1993, sin que se presente ninguno de los presupuestos mencionados en el caso que nos ocupa<sup>7</sup>.

Dijo que el fundamento de la decisión de coeficiente y de la determinación de un techo<sup>8</sup> se fundamenta en la existencia de selección adversa, bien de selección de riesgo o de descreme del mercado<sup>9</sup>, y ninguna de esas conductas está acreditada en el proceso, lo que constituye una falsa motivación que genera la nulidad del acto acusado.

Manifestó que el sistema estableció legalmente la solución para las desviaciones que se presentan en materia de alto costo, por ello, repitió que si una EPS sufre consecuencias económicas adversas derivadas de la atención de enfermedades de alto costo, es bien por no haber cumplido con la obligación de reaseguro, o porque se presenta una hipótesis de infraseguro, en cualquiera de esos supuestos la EPS estaría actuando con desconocimiento de la ley.

Concluyó que siendo inaplicables los acuerdos 287 y 295 de 2005, comportan las mismas violaciones que el 296, razón por la que solicitó su inaplicación al momento de resolver la situación objeto de análisis.

## **II. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demanda le fue notificada al representante legal del Ministerio de la Protección Social quien, por intermedio de apoderado judicial, defendió la legalidad del acto acusado, señalando que fue proferido con observancia las formalidades legales y dentro del ámbito de sus competencias<sup>10</sup>, de conformidad con los siguientes argumentos:

Aseguró que la finalidad del acto acusado no es la desfavorecer a una EPS en particular, sino evitar la selección adversa de usuarios por parte de las EPS y una distribución no equitativa de

---

<sup>7</sup> 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 siguientes 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.

<sup>8</sup> Ver nota al pie N° 4.

<sup>9</sup> A través de este procedimiento las empresas de seguros tratan de atraer a los consumidores de bajo riesgo, lo que las incentiva a atraerlos haciendo "selección por riesgo". La forma de atraer a los consumidores menos riesgosos (selección por riesgo) es ofreciéndoles planes de salud más baratos.

<sup>10</sup> Folios 105 a 138 del cuaderno N° 2 del expediente.

los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo, lo cual no solo aplica para el entonces existente ISS sino a cualquier EPS y ARS que operen en el Sistema de Seguridad Social en Salud; en esa medida, contrario a lo afirmado por la demandante, todas las EPS que se encuentren en desigualdad de condiciones, serán destinatarias de sus previsiones.

Indicó que para establecer la UPC, de conformidad con la ley, se debe tener en cuenta el perfil epidemiológico de la población relevante o en atención a estudios técnicos realizados por el Ministerio de la Protección Social, situación última que sirvió como fundamento para la expedición del acto acusado.

Recordó que de conformidad con el Acuerdo 217 se señalaron una serie de patologías de alto costo que se consideraron para efectuar los ajustes de una distribución inequitativa, seleccionándose aquellas que generaban un mayor impacto económico en relación con las desviaciones que se puedan observar; además de ello, la atención de algunas patologías implican un gasto significativo por única vez, y después disminuyen por lo que carece de sentido realizar ajustes con el coeficiente cuando el gasto se preste y no haya corrección al futuro, lo que sucede con pacientes no crónicos, como aquellos que requieren cirugía de corazón.

Afirmó que si bien no existe norma que faculte al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para establecer compensaciones en costos producidos por el comportamiento normal del mercado, sí existen disposiciones, como la contenida en el numeral 9° del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, con las que se busca evitar la selección adversa de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud, así como la inequitativa distribución de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgos.

Sostuvo que en desarrollo de lo anterior, y en armonía de la facultad para definir el valor de la UPC que se les reconoce a las EPS por organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el POS, constituyó el fundamento claro, expreso y suficiente para la expedición del acuerdo demandado, en cuyo contenido se ve reflejada la aplicación de los artículos 153, 154, 156, 159, 162, 172, 183 y 184 de la Ley 100 de 1993.

Dijo que para cumplir con el objetivo de la seguridad social y asegurar la prestación de los servicios a todos los afiliados, la regulación del sistema debe estar diseñada para mantener un mejoramiento constante tanto de sus finanzas como de la calidad y cobertura de los servicios, lo que necesariamente conlleva a mantener el equilibrio financiero del sistema y específicamente en lo que respecta a la atención y manejo de la insuficiencia renal crónica, de alto costo, determinaron la necesidad de expedir el acto acusado.

### **III. LA SENTENCIA APELADA**

El a quo despachó desfavorablemente la petición de tacha de prueba documental realizada por la parte demandada; se inhibió para pronunciarse sobre la nulidad de los actos que llegaran a producirse como consecuencia o en aplicación el acto acusado; negó la inaplicación de los Acuerdo 287 y 295 de 2005, expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; negó las demás pretensiones de la demanda; y se abstuvo de condenar en costas<sup>11</sup>, de conformidad con las siguientes consideraciones:

Recordó que, de conformidad con los artículos 289 a 293 del Código de Procedimiento Civil, la tacha de falsedad no se refiere a la pertinencia, conducencia o crítica volaratoria del elemento de prueba, allegado por una de las partes, sino a la falsedad que pudiera llegara a contener y, comoquiera que el argumento para la tacha se basó en la pertinencia de las pruebas, la decisión fue desfavorable.

Aseguró que no resulta acertado solicitar por anticipado la nulidad de actos administrativos inexistentes, en tanto no se pueden revisar las causas de anulación; además por cuanto la vigencia de los actos administrativos está ligada a su publicidad, la cual se da, por regla general, desde su publicación o notificación, según sea el caso. Agregó que no le es dable a la parte actora solicitar de manera previa el decaimiento del acto administrativo, por cuanto no se acreditan los supuestos para tal fin, como al efecto lo es la vigencia del acto, razón por la que se inhibió para pronunciarse sobre el fondo de dicha petición.

---

<sup>11</sup> Folios 316 a 400 del cuaderno N° 2 del expediente.

Indicó que la inaplicación de las normas por causa de inconstitucionalidad manifiesta tiene como objetivo la supremacía del orden superior, razones que no están siempre presentes en los casos de simple inconformidad entre una norma inferior y una superior, como en el presente caso, razón por la que no se inaplicarán los Acuerdos 287 y 295 de 2005 expedidos por el CNSSS, en tanto soportan el Acuerdo 296 y no por ello entran en disputa alguna con disposiciones de carácter constitucional.

Sostuvo que los cargos relativos a las violaciones constitucionales no tienen vocación de prosperidad por cuanto:

- **El derecho a la igualdad** no se desequilibra al dar un trato diferente a sujetos puestos en unas mismas condiciones, que para el caso concreto sería el análisis de todas las patologías, alegado por el actor para ordenar la modificación del K, pues el Estado tiene la facultad de romper las fórmulas matemáticas de la igualdad cuando exista motivo razonable que lo justifique, que para el caso concreto son los informes que suministraron las mismas EPS al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.
- **La prestación eficiente del servicio público de salud** no se ve afectada por cuanto el Estado procedió a ejercer los actos para los que ésta facultado, es decir, mantener la regulación, control y vigilancia, mediante el acto acusado.
- **El debido proceso** no se afecta en el presente asunto por cuanto en la expedición del acto acusado participaron múltiples EPS, según consta en actas números 154 a 165 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, con el fin de tasar políticas preventivas de selección adversa<sup>12</sup>, en las que puntualmente se elaboró un estudio de consultoría relacionada con el número de usuarios con insuficiencia renal crónica – IRC. Advirtió que la ausencia de notificación a la demandante, al tratarse de un acto de contenido particular, se analizaría con las disposiciones del CCA.

---

<sup>12</sup> Comportamiento del consumidor que siendo consciente de su estado de salud y necesidades futuras, esto es, teniendo ventaja respecto de los aseguradores – sin que los aseguradores lo puedan detectar – demanden un plan con alta cobertura, sin que los aseguradores puedan pronosticar esos gastos al fijarles la prima.

- En cuanto a **la seguridad social, la salud y la libre competencia económica** sostuvo que no se trasgredían por cuanto el acto acusado tuvo en cuenta órdenes superiores más que el aspecto netamente económico, como lo son los grupos por edad y su impacto en la prestación de la salud, para así poder establecer el “K” para equilibrar las desviaciones del UPC, aspectos que no fueron evaluados por la parte actora.
- En cuanto a la **falta de competencia** para la expedición del acto acusado, señaló que se procederá a analizar con las violaciones al CCA.

Afirmó que los cargos relativos a las violaciones al Código Contencioso Administrativo no tiene vocación de prosperidad por cuanto:

- En cuanto a la **falta de notificación** del acto acusado, como causa de la nulidad del Acuerdo 296 de 2005, precisó: *“la línea jurisprudencial reinante determina que en algunos casos se demande un acto de contenido general en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando la violación del derecho subjetivo que alega haber sufrido el afectado, provenga de dicho acto, como ocurre en este caso, que pese a tratarse de un acto de carácter general que regula una situación específica para las ESE en general, determinando a cada una de ellas el valor de un K, no lo hace por este preciso motivo que su contenido sea de carácter particular y concreto, y por tal razón es que la Sala considera que tal acto corresponde a un acto administrativo general demandable como quedo visto en acción de nulidad y restablecimiento del derecho por la presunta afectación subjetiva que asegura haber sufrido la accionante”*.

En ese orden de ideas no resultaba exigible a la demandada realizar las notificaciones propias de los actos de contenido particular, individual y concreto, sino como lo hizo, esto es, con la publicación del acto conforme al artículo 43 del CCA.

Aseguró que los representantes de las ESES siempre estuvieron en los estudios de las situaciones que

conllevaron a la expedición del acto acusado, tal como puede apreciarse en las actas levantadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

En esa medida, el acto acusado fue fiel a los principios de eficacia del procedimiento, imparcialidad, publicidad y contradicción, propios de un acto general. Por lo anterior, desestimó el cargo de indebida notificación.

- En cuanto a la **falsa motivación** señaló que en el expediente no obra prueba que dé cuenta de lo señalado por la parte actora, esto es, que con la expedición del acto acusado se buscaba favorecer al entonces ISS, al variar el “K” de la fórmula para establecer el UPC para cada EPS, para lo cual se requiere de análisis de asuntos presupuestales y balances de las ESE respectivas, probanzas que no allegó la parte actora.
- En cuanto a la **falta de competencia** del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para expedir el acto acusado aseguró que de conformidad con el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, corresponde a éste prevenir la selección adversa<sup>13</sup>, lo cual abarca entre otras, las de revisión de los riesgos cubiertos y las de revisión de la UPC, pero no como lo afirma el demandante, que sólo es competente para estas últimas.
- En cuanto a la **desviación o abuso de poder** dijo que este cargo se subsumía en lo decidido respecto de la falsa motivación.

Concluyó que las censuras relativas a las violaciones a la Ley 100 de 1993 no tienen vocación de prosperidad por cuanto:

- Los artículos 153 numeral 4°, 154 literal a), 156 y 159 de la Ley 100 de 1993 se erigen como una limitante al principio de la libre competencia, toda vez que en lo que se refiere a la prestación del servicio de salud corresponde a las EPS someterse a las expresas regulaciones y vigilancia del

---

<sup>13</sup> Ver nota al pie N° 12.

Estado, que en el caso concreto busca el beneficio del paciente usuario que padece de Insuficiencia Renal Crónica.

Aclaró que la compensación no obedece necesariamente a comportamientos irregulares de las EPS sino a estudios técnicos, medidas de prevención, y demás políticas estatales.

De allí que el acto acusado se encuentre en consonancia con dichas disposiciones normativas.

- Sostuvo que el Acuerdo demandado está en consonancia con el parágrafo 4° del artículo 162 de la Ley 100 en tanto que el contrato de reaseguro lo toma la EPS para todas las patologías de alto costo, asumiendo el riesgo de garantizar a sus afiliados la prestación del POS con cargo a los recursos que reciben del Estado por UPC, mientras que la compensación la decide el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, mediante acto administrativo, para equilibrar las desviaciones que se presentan en las EPS en función del número de pacientes con Insuficiencia Renal Crónica, de allí que no encuentre la vulneración alegada.
- En cuanto al desconocimiento de los artículos 184, 187 y 22 de la Ley en comento, sostuvo que contrario a lo afirmado por el demandante, se evidencia que el objetivo no es otro que el de prevenir situaciones que afecten al afiliado al régimen de salud y por ello se equilibran las EPS, para garantizar el principio de universalidad.

#### **IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

El demandante, a través de apoderado judicial, solicitó revocar sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda<sup>14</sup> de conformidad con los siguientes argumentos:

Sostuvo que el Tribunal incurrió en error al inhibirse de proferir decisión de fondo respecto de los actos administrativos que se

---

<sup>14</sup> Folios 402 a 425 del cuaderno N° 2 del expediente.

expidan como consecuencia o en aplicación del acto acusado, al confundir la pretensión con el decaimiento del acto. Indicó que el *a quo* debió pronunciarse de la pretensión primera y luego de la segunda, que sería consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado.

Indicó que es ostensible el trato discriminatorio por parte de la demandada, lo cual se evidencia con el trato preferencial dado al ISS en detrimento de las demás EPS, que contrario a lo afirmado por el *a quo* es una discriminación positiva y no una diferenciación positiva. Destacó que según el Tribunal no hay prueba del trato discriminatorio, pese a que en todo el expediente se observa el favorecimiento dado al ISS.

Aseguró que contrario a lo afirmado por el Tribunal, el derecho de contradicción no puede materializarse con la presencia de un representante de las EPS en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, pues debió dársele la oportunidad de controvertir las decisiones proferidas por dicho Consejo.

Señaló que el acto censurado es de contenido particular y concreto, prueba de ello es que su destinatario se encuentra claramente determinado y sus efectos jurídicos modifican situaciones jurídicas concretas e individuales, por lo que el Tribunal erró al afirmar que era de contenido general, pero su control debía hacerse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dijo que las normas citadas por el *a quo* no consagran la competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para compensar las cargas o riesgos que recae sobre las EPS.

Concluyó que el acto acusado adolece de falsa motivación, por cuanto en forma alguna sus motivos obedecen a la realidad, pues lo pretendido por la demandada era beneficiar al ISS. Agregó que si el fin último del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, al proferir el acto acusado, era evitar el desequilibrio, debió pensar en políticas de detección temprana de las circunstancias detonantes de la Insuficiencia Renal Crónica.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

5.1.- El demandado, en líneas generales, reiteró los argumentos del recurso de alzada<sup>15</sup>.

5.2.- El demandante, a través de apoderado judicial, reiteró los argumentos expuesto en la demanda y en el recurso de alzada<sup>16</sup>.

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

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **5.1. Competencia**

El Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos de Distrito Judicial, de conformidad con el artículo 129 numeral 1º del CCA y, en cumplimiento al Acuerdo N° 357 de 5 de diciembre de 2017 celebrado entre las Secciones Quinta y Primera ante la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Quinta de la Corporación es competente para proferir la decisión de segunda instancia en el proceso de la referencia, en tanto ha sido remitido dentro del acuerdo de descongestión por la Sección Primera.

##### **5.2. Cuestión previa**

La Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 13 de marzo de 2013, se pronunció sobre la legalidad del Acuerdo 296 de 2005, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el sentido de: “**CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de abril de 2010, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, de acuerdo con las consideraciones que quedan

---

<sup>15</sup> Folios 21 a 29 de este cuaderno.

<sup>16</sup> Folios 30 a 61 de este cuaderno.

*consignadas en esta providencia*<sup>17</sup>. Decisión reiterada mediante sentencia de 30 de abril de 2014<sup>18</sup>.

Si bien el operador *ad quem* se encuentra limitado por la apelación y, por ende, es ajeno a su competencia pronunciarse sobre otras decisiones que se hayan adoptado en providencias anteriores, lo que implica ineluctablemente que éstas se encuentran en firme, ello no obsta, para remitirse en lo que sea viable, a las decisiones que constituyen antecedentes jurisprudenciales.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, coinciden en normativa y argumento sustento de las censuras de la demanda incoada los artículos 29 y 121 de la Constitución Política; 44 del Código Contencioso Administrativo; y 172 y 182 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, es claro que en este proceso el propósito es anular el Acuerdo 296 de 2005 proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, objeto coincidente con el de la sentencia de 13 de marzo de 2013, radicado 2005 01537 01 -antes referida- y en la que la decisión de la Sección Primera fue negar su nulitación, la cual como se indicó anteladamente fue reiterada mediante sentencia de 30 de abril de 2014.

Y la decisión adoptada en 2013 analizó los cargos de falsa motivación y desviación de poder a la luz de la Constitución Política, el Decreto 01 de 1984 y la Ley 100 de 1993; concluyendo que no se encontraba acreditada su ocurrencia.

Así las cosas, encuentra la Sala que el Acuerdo 296 de 2005, ya fue analizado por las mismas censuras que se exponen en el sublite, concretamente, respecto de los artículos 2, 29, 121 y 123 de la Constitución Política; de la Ley 100 de 1993 los artículos 172 y 182; y del Código Contencioso Administrativo los artículos 44,

---

<sup>17</sup> M.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicado: 25000-23-24-000-2005-01537-01. Demandante: SALUD COLMENA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

<sup>18</sup> M.P.: María Claudia Rojas Lasso. Radicado: 11001-03-24-000-2006-00063-00. Demandante: E.P.S. FAMISANAR LIMITADA. La parte resolutive de esta providencia dispuso **“DECLÁRASE probada la excepción de cosa juzgada y en consecuencia, ESTÉSE A LO RESUELTO en la sentencia de 13 de marzo de 2013 que decidió el proceso de nulidad radicado con el No. 25000-23-24-000-2005-01537-01, con ponencia del Señor Consejero Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA”**.

45 y 48, respecto de los cargos de falsa motivación y desviación de poder.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que los pronunciamientos realizados por dicha Sala resolvieron negar las pretensiones de las demandas presentadas en ejercicio de dos (2) acciones de nulidad y restablecimiento, la Sala procederá a analizar la totalidad de las normas acusadas, sin que ello signifique que se desconozcan los pronunciamientos anteriores.

### **5.3. El caso concreto**

#### **5.3.1. El marco de la decisión**

Resta para la Sala proceder a analizar la legalidad del acto acusado a la luz de los cargos de violación que se sustentan en los artículos: 13, 29, 48, 49, 121, 333 y 365 de la Constitución Política; del Código Contencioso Administrativo los artículos 3, 28, 34, 35 y 44; y de la Ley 100 de 1993 los artículos: 153 numeral 4°, 154 literal a), 156, 159, 162 parágrafo 4°, 172 183, 184 y 222.

Disposiciones presuntamente desconocidas:

#### **Constitución Política**

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

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

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

(...)

**ARTICULO 29.** *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

*(...)*

**ARTICULO 48.** *Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.*

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

*La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.*

*La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.*

**ARTICULO 49.** *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

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

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

*La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.*

*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.*

*(...)*

*ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.*

*(...)*

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

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

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.*

*El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

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

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

*(...)*

**ARTICULO 365.** *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

*Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*

### **Ley 100 de 1993**

**ARTICULO. 153.-Fundamentos del servicio público** *Además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes:*

*(...)*

*4. Libre escogencia. El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad*

en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley.

**ARTICULO. 154.-Intervención del Estado.** El Estado intervendrá en el servicio público de seguridad social en salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2º y 153 de esta ley;

(...)

**ARTICULO. 156-Características básicas del sistema general de seguridad social en salud.** El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características:

a) El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el sistema general de seguridad social en salud;

b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales;

c) Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud;

d) El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del sistema general de seguridad social-fondo de solidaridad y garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las entidades promotoras de salud;

e) Las entidades promotoras de salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5º del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el plan obligatorio de salud, en los términos que reglamente el gobierno;

f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una unidad de pago por capitación, UPC, que será establecida periódicamente por el consejo nacional de seguridad social en salud;

g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la entidad promotora de salud, dentro de las condiciones de la presente ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los

*profesionales adscritos o con vinculación laboral a la entidad promotora de salud, dentro de las opciones por ella ofrecida;*

*h) Los afiliados podrán conformar alianzas o asociaciones de usuarios que los representarán ante las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud;*

*i) Las instituciones prestadoras de salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social en salud, dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las instituciones prestadoras de servicios de tipo comunitario y solidario;*

*j) Con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el fondo de solidaridad y garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad;*

*k) Las entidades promotoras de salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias instituciones prestadoras de salud, o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos;*

*l) Existirá un fondo de solidaridad y garantía que tendrá por objeto, de acuerdo con las disposiciones de esta ley, garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del sistema general de seguridad social en salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en esta ley;*

*m) El consejo nacional de seguridad social en salud a que hacen referencia los artículos 171 y 172 de esta ley, es el organismo de concertación entre los diferentes integrantes del sistema general de seguridad social en salud. Sus decisiones serán obligatorias, podrán ser revisadas periódicamente por el mismo consejo y deberán ser adoptadas por el Gobierno Nacional*

*n) Las entidades territoriales, con cargo a los fondos seccionales y locales de salud cumplirán, de conformidad con la Ley 60 de 1993 y las disposiciones de la presente ley la financiación al subsidio a la demanda allí dispuesta y en los términos previstos en la presente ley;*

*o) Las entidades territoriales celebrarán convenios con las entidades promotoras de salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado de que trata la presente ley. Se financiarán con cargo a los recursos destinados al sector salud en cada entidad territorial, bien se trate de recursos cedidos, participaciones o propios, o de los recursos previstos para el fondo de solidaridad y garantía. Corresponde a los particulares aportar*

*en proporción a su capacidad socioeconómica en los términos y bajo las condiciones previstas en la presente ley, y*

*p) La Nación y las entidades territoriales, a través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención que tengan contrato de prestación de servicios con él para este efecto, garantizarán el acceso al servicio que ellas prestan a quienes no estén amparados por el sistema general de seguridad social en salud, hasta cuando éste logre la cobertura universal.*

*(...)*

**ARTICULO. 159.-Garantías de los afiliados.** *Se garantiza a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:*

*1. La atención de los servicios del plan obligatorio de salud del artículo 162 por parte de la entidad promotora de salud respectiva a través de las instituciones prestadoras de servicios adscritas.*

*2. La atención de urgencias en todo el territorio nacional.*

*3. La libre escogencia y traslado entre entidades promotoras de salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta ley.*

*4. La escogencia de las instituciones prestadoras de servicios y de los profesionales entre las opciones que cada entidad promotora de salud ofrezca dentro de su red de servicios.*

*5. La participación de los afiliados, individualmente o en sus organizaciones, en todas las instancias de asociación, representación, veeduría de las entidades rectoras, promotoras y prestadoras y del sistema de seguridad social en salud.*

*(...)*

**ARTICULO. 162.- Plan de salud obligatorio.** *El sistema general de seguridad social de salud crea las condiciones de acceso a un plano obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.*

*Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del plan obligatorio de salud que defina el consejo nacional de seguridad social en salud será el contemplado por el Decreto-Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el plan obligatorio de salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos*

*moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente ley.*

*Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el consejo nacional de seguridad social en salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el plan obligatorio del sistema contributivo, en forma progresiva antes del año 2001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables.*

*(...)*

**PARAGRAFO. 4º-***Toda entidad promotora de salud reasegurará los riesgos derivados de la atención de enfermedades calificadas por el consejo nacional de seguridad social como de alto costo (...)*

*(...)*

**ARTICULO. 172.-Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en salud.** *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 3º 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 riesgo catastrófico, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.

11. Reglamentar los consejos territoriales de seguridad social en salud.

12. Ejercer las funciones del 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.

**PARAGRAFO. 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.

**PARAGRAFO. 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 siguientes 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.

**PARAGRAFO. 3º-** Las definiciones de que tratan los numerales 1º, 4º, 5º, 7º y 11 del presente artículo deberán ser adoptados por el Gobierno Nacional.

**ARTICULO. 183.-Prohibiciones para las entidades promotoras de salud.** Las entidades promotoras de salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

**PARAGRAFO. 1º-**El Gobierno Nacional podrá reglamentar parámetros de eficiencia y fijar el régimen de inversión y organización de las empresas promotoras de salud que no sean prestadoras de servicios. Cuando presten simultáneamente servicios, podrá establecer límites por concepto de gastos administrativos y operativos de la actividad de promoción.

**PARAGRAFO. 2º-**Están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del sistema general de la seguridad social en salud.

(...)

**ARTICULO. 184.-De los incentivos para un mejor servicio.** Con el fin de obtener calidad y eficiencia en la provisión de los servicios de salud contemplados por la ley, se aplicarán sistemas de incentivos a la oferta de servicios dirigidos al control de costos, al aumento de productividad y a la asignación de recursos utilizando criterios de costo-eficiencia. De la misma manera, se aplicarán sistemas de incentivos a la demanda con el fin de racionalizar el sistema de referencia y contrarreferencia de pacientes, ampliar el conocimiento y manejo del sistema de parte de los beneficiarios y promover un servicio de mayor calidad al usuario.

(...)

**ARTICULO. 222.-Financiación de la subcuenta de promoción de la salud.** Para la financiación de las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, el consejo nacional de seguridad social en salud definirá el porcentaje del total de los recaudos por cotización de que trata el artículo 204 que se destinará a este fin, el cual no podrá ser superior a un punto de la cotización del régimen contributivo de que trata el artículo 204 de la presente ley. Estos recursos serán complementarios de las apropiaciones que haga el Ministerio de Salud para tal efecto.

Los recursos previstos en el presente artículo se podrán destinar al pago de las actividades que realicen las entidades promotoras de salud y que el consejo nacional de seguridad social en salud considere son las que mayor impacto tienen en la prevención de enfermedades.

### **Decreto 01 de 1984**

**ARTÍCULO 3.** Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

*En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Suprema de Justicia***

*En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.*

*En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.*

*En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.*

*Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.*

*Las autoridades deberán observar estrictamente los principios consagrados en este artículo al expedir los reglamentos internos de que tratan los artículos 1º de la Ley 58 de 1982 y 32 de este código.*

(...)

**ARTÍCULO 28.** *Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.*

*En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.*

(...)

**ARTÍCULO 34.** *Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.*

**ARTÍCULO 35.** *Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.*

*En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.*

*Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.*

*Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.*

*(...)*

**ARTÍCULO 44.** *Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.*

*Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.*

*Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.*

*No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.*

*Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.*

*En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este código.*

### **5.3.1. Problema jurídico.**

Corresponde a la Sala, como juez *ad quem*, determinar si la sentencia proferida en primera instancia se encuentra ajustada a derecho o si por el contrario corresponde revocarla y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, dentro de los límites planteados por el apelante.

Así pues, a efecto de resolver el recurso de alzada corresponde: **I)** determinar la naturaleza del acto acusado, para establecer su forma de notificación, integrado a la censura de violación al derecho de contradicción; **II)** analizar si dentro de las competencias del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se encuentra la de compensar cargas o riesgos; **III)** analizar si el acto acusado adolece de falsa motivación al decidir qué enfermedad compensar, aunado a la acusación de trato discriminatorio en las que insiste el recurrente en vía de apelación; y **IV)** en caso de declararse la

nulidad del acto acusado pronunciarse respecto de la nulidad de los actos que se expidan como consecuencia o en aplicación del acto acusado.

Por lo anterior se hace necesario conocer el texto del acto acusado:

**“ACUERDO 296 DE 2005**

*(Junio 28)*

*Diario Oficial No. 45.994 de 08 de agosto de 2005*

*Por medio del cual se determina el valor del K y de los demás elementos de la fórmula definida por el CNSSS para equilibrar las desviaciones que se presentan entre las distintas EPS en función del número de pacientes con enfermedades de alto costo y se establecen los coeficientes para cada EPS para el año 2005.*

**El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud,**

*En ejercicio de las facultades legales conferidas en los numerales 3, 4 y*

*12*

*del artículo 172, el artículo 182 y el artículo 222 de la Ley 100 de 1993,*

**CONSIDERANDO:**

*Que el CNSSS aprobó la metodología para calcular el Coeficiente que determinará los recursos que se deben reconocer o descontar a cada EPS durante el proceso de compensación para equilibrar las desviaciones que se presentan entre las distintas EPS en función del número de pacientes con Insuficiencia Renal Crónica, IRC;*

*Que el Ministerio de la Protección Social solicitó a las EPS vigentes el reporte de datos relacionados con la información de pacientes diagnosticados con la patología de Insuficiencia Renal Crónica, IRC, por edades, atendidos por la EPS durante el período comprendido entre el 1º de julio de 2003 al 30 de junio de 2004;*

*Que con base en la información recibida por parte de las EPS cuya veracidad fue certificada por sus representantes legales, el Ministerio de la Protección Social procedió a calcular cada uno de los elementos de la fórmula definida, estableciendo los Coeficientes para cada una de las EPS y su techo anual, cuadro que se anexa al presente Acuerdo.*

*Que la aplicación de esta metodología se encuentra detallada en el documento técnico elaborado por el Ministerio de la Protección Social que hace parte integrante del Acta de la sesión en que fue aprobado el presente Acuerdo;*

*Que cualquier inexactitud en los Coeficientes como consecuencia de inconsistencias en la información reportada por alguna de las EPS, será responsabilidad de esta(s);*

*Que el presente Acuerdo, de conformidad con lo establecido en el artículo 16, Acuerdo 31 del CNSSS, cuenta con concepto previo favorable de la Oficina Jurídica del Ministerio de la Protección Social por*

considerarlo ajustado a las normas vigentes, el cual se anexa al acta correspondiente,

**ACUERDA:**

**ARTÍCULO 1º.-** El valor del **K** para IRC, porcentaje estimado de la UPC destinado a cubrir los gastos de alto costo de la patología irc en cada uno de los grupos de edad, es:

Menor de un año	1 a 4 Años	5 a 14 Años	15 a 44 Años Hombres	15 a 44 años Mujeres	45 a 59 Años	60 y más Años
0.0229%	0.0422%	0.1407%	3.2970%	1.5069%	10.6274%	9.3135%

**ARTÍCULO 2º.-** El coeficiente **CIRCi** para cada EPS, derivado de la aplicación de la fórmula aprobada por el CNSSS, con los datos correspondientes son:

**COEFICIENTES DE ALTO COSTO DE IRC PARA EL AÑO 2005**

CODIGO EPS	COEFICIENTE CIRCi
EPS001	0.984557463
EPS002	0.995184921
EPS003	0.992683752
EPS005	0.995862244
EPS006	1.032050072
EPS008	0.983230823
EPS009	0.986173335
EPS010	0.984797227
EPS012	0.987560926
EPS013	0.995781396
EPS014	0.994876785
EPS015	0.979093387
EPS016	0.987080646
EPS017	0.993521071
EPS018	0.985780819
EPS020	0.936170418
EPS023	0.994294491
EPS026	0.990194825
EPS033	0.984463165
EPS034	0.957657058
EPS035	0.967259900

**ARTÍCULO 3º.** Los coeficientes definidos en el presente Acuerdo, se aplicarán a partir de la compensación correspondiente al mes de agosto del presente año.

**ARTÍCULO 4º.** El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

**ANEXO ACUERDO NÚMERO 296 DE 2005**

Techo anual de la diferencia entre la compensación con el Coeficiente CIRC con relación a la compensación normal según EPS

EPS	Nombre de la EPS	Techo
EPS001	SALUD COLMENA EPS	-1.816.585.703
EPS002	SALUD TOTAL EPS	-1.565.397.595
EPS003	CAFESALUD EPS	-1.913.197.323
EPS005	SANITAS EPS	-893.749.749
EPS006	ISS EPS	36.188.020.689

EPS008	COMPENSAR EPS	-3.084.608.978
EPS009	COMFENALCO ANTIOQUIA EPS	-1.130.591.140
EPS010	SUSALUD EPS	-4.526.543.128
EPS012	COMFENALCO VALLE EPS	-889.845.774
EPS013	SALUDCOOP EPS	-4.070.965.212
EPS014	HUMANA VIVIR EPS	-774.372.925
EPS015	SALUD COLPATRIA EPS	-532.259.395
EPS016	COOMEVA EPS	-7.870.165.876
EPS017	FAMISANAR EPS	-1.690.609.784
EPS018	SOS EPS	-2.014.850.636
EPS020	CAPRECOM EPS	-964.237.664
EPS023	CRUZ BLANCA EPS	-1.095.567.216
EPS026	SOLSALUD EPS	-674.522.414
EPS033	SALUDVIDA EPS	-206.132.284
EPS034	SALUDCOLOMBIA EPS S. A.	-259.051.335
EPS035	RED SALUD ATENCIÓN HUMANA EPS"	-214.766.559

### **5.3.1.1. Naturaleza del acto acusado y forma de notificación. Derecho de Contradicción**

Una vez analizado el contenido del acto acusado se evidencia que su objetivo es: **I)** determinar el valor del K y los demás elementos para equilibrar las desviaciones que se presentan en las EPS, en función de los pacientes con enfermedades de alto costo; y **II)** establecer los coeficientes para cada EPS para el año 2005.

De lo anterior se colige que su objeto no era otro que el de dar aplicación a los Acuerdos 287<sup>19</sup> y 295<sup>20</sup> de 2005 expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, actos estos que establecieron la fórmula respectiva, de allí que se concluya que el acto acusado se limitó a aplicar la fórmula y señalar los valores que correspondían a cada EPS que se enlistan en su contenido.

Por lo anterior se concluye que el acto acusado es de carácter mixto, pues es general en cuanto a los valores K<sup>21</sup>, pero con preponderancia en determinar situaciones particulares a cargo de cada EPS referida; luego la forma notificación era la personal, y no la publicación en la gaceta oficial, tal como ocurrió.

<sup>19</sup> Por medio del cual se define el coeficiente que se aplica a la UPC con el fin de reconocer las desviaciones existentes en el número de pacientes con algunas patologías de alto costo.

<sup>20</sup> Por medio del cual se modifica parcialmente el Acuerdo 287 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

<sup>21</sup> Porcentaje observado de la UPC destinado a cubrir los gastos de alto costo de la patología de insuficiencia renal crónica.

No obstante lo anterior, la Sala considera necesario precisar que la falta de notificación de un acto administrativo, bien sea de carácter general o particular, no conlleva a su inexistencia o invalidez sino a su ineficacia o inoponibilidad, además las razones que pueden conducir a la declaratoria de nulidad son las referidas a la realidad jurídica al momento de su nacimiento, y no al trámite de notificación. Ello no obsta para que eventualmente el operador del juzgamiento del acto administrativo se vea abocado a analizar la violación del debido proceso y al derecho de defensa.

Lo anterior no se advierte en el presente caso porque precisamente la actora incoó la demanda dentro del término de caducidad de la acción procedente, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la publicación del acto acusado de que trata la nulidad y restablecimiento del derecho, y por ello se hace innecesario ahondar en otro argumento diferente a la notificación por conducta concluyente.

Así las cosas, después de hacer un análisis respecto de la posible vulneración al derecho de contradicción del demandante, la Sala colige que ésta no se materializó por cuanto el acto acusado, en efecto, pudo hacerse inoponible, pero dicho supuesto no se materializó, toda vez que éste se notificó de la existencia del acto por conducta concluyente e interpuso la acción respectiva dentro del término de caducidad. Ahora bien, en gracia de discusión, vale la pena señalar que tal irregularidad pudo generar la inoponibilidad más no su inexistencia, al no haber vulnerado el debido proceso ni el derecho de defensa contradicción; como consecuencia de lo anterior se concluye que el cargo no tiene vocación de prosperidad.

#### **5.3.1.2. Competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para compensar cargas y riesgos**

Sea lo primero advertir que conforme a una interpretación sistemática el Acuerdo 296 de 2005 depende de los Acuerdos 287 y 295, que establecen la normativa regente y la regulación marco del coeficiente aplicable a la UPC, y constituyen el insumo del acto demandado en la presente acción, cuyos textos son del siguiente tenor:

**ACUERDO 287 DE 2005**  
(Febrero 28)

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

*Por medio del cual se define el coeficiente que se aplica a la UPC con el fin de reconocer las desviaciones existentes en el número de pacientes con algunas patologías de alto costo.*

*ARTÍCULO 1o. OBJETO. El presente Acuerdo tiene por objeto definir el coeficiente que se aplicará a la Unidad de Pago por Capitación de cada año, en el régimen contributivo, para equilibrar las desviaciones que se presentan entre las distintas EPS en función del número de pacientes con la enfermedad de alto costo señalada en el artículo 2º de este Acuerdo.*

*ARTÍCULO 2o. PACIENTES DE ALTO COSTO. Para el efecto de definir el coeficiente de que trata el presente Acuerdo se considerarán como pacientes con enfermedad de alto costo, aquellos con diagnóstico confirmado de Insuficiencia Renal Crónica que reciban diálisis peritoneal o hemodiálisis.*

*PARÁGRAFO. Dentro de los casos a reportar por Insuficiencia Renal Crónica para determinar la frecuencia específica de cada EPS que se aplicará para la definición del coeficiente, también se contabilizarán los pacientes que sean objeto de trasplante renal con posterioridad a la vigencia del presente Acuerdo, teniendo en cuenta que esta es la opción más costo efectiva para el tratamiento de los pacientes que padecen esta enfermedad.*

*ARTÍCULO 3o. COEFICIENTE DE UPC. Para equilibrar las desviaciones que puedan existir entre las diferentes EPS respecto del número observado de pacientes con insuficiencia renal crónica se calculará un coeficiente por EPS, que determinará los recursos que se deben reconocer o descontar a cada EPS durante el proceso de compensación, por contar con una mayor o menor frecuencia de casos de IRC. Este coeficiente resulta de dividir el total del Valor de la Compensación Hipotética ajustada en función del número de casos de IRC de la EPS<sub>i</sub>, entre el total del valor de la Compensación Observada de la EPS<sub>i</sub> (no ajustada), en el período de estudio.*

$$CIRC_i = VCH_i / VCO_i$$

*Donde: (...)*

*ARTÍCULO 4o. APLICACIÓN DEL COEFICIENTE. El encargo fiduciario del Fosyga aplicará en el proceso de compensación de cada EPS el Coeficiente CIRC<sub>i</sub> definido anualmente por el CNSSS que reconoce el mayor o menor valor a descontar o reconocer en el proceso de compensación de cada EPS por la ocurrencia del mayor o menor número de casos de IRC, al multiplicar la compensación calculada a partir de las UPC de los grupos de edad aprobadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por el Coeficiente CIRC<sub>i</sub>. Para el presente año el coeficiente se aplicará a partir de la compensación correspondiente al mes de agosto.*

*PARÁGRAFO 1o. La subcuenta de compensación del Fosyga deberá mantener un equilibrio anual (suma cero) entre los valores negativos y positivos que resulten de la aplicación de la fórmula establecida con los parámetros descritos en el artículo 3o del presente Acuerdo. El techo anual de la compensación con el Coeficiente CIRC<sub>i</sub> para cada EPS, no podrá superar o ser inferior al resultado de la diferencia de la compensación con el Coeficiente CIRC con relación a la Compensación Observada, obtenida en el período de estudio, julio 1o del año n-2, a junio 30 del año n-1.*

*PARÁGRAFO 2o. El Coeficiente definido en el presente Acuerdo no se aplicará para las Entidades Adaptadas al SGSSS.*

Con posterioridad el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el siguiente acto administrativo:

**ACUERDO 295 DE 2005**

*(Junio 28)*

*Diario Oficial No. 45.994 de 08 de agosto de 2005*

**CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**  
*Por medio del cual se modifica parcialmente el Acuerdo 287 del Consejo Nacional de Seguridad Social en*

*ACUERDA: ARTÍCULO 1o. Modificar el artículo 3 del Acuerdo 287, el cual quedará así: Artículo 3o. Coeficiente de UPC. Para equilibrar las desviaciones que puedan existir entre las diferentes EPS respecto del número observado de pacientes con insuficiencia renal crónica se calculará un coeficiente por EPS, que determinará los recursos que se deben reconocer o descontar a cada EPS durante el proceso de compensación, por contar con una mayor o menor frecuencia de casos de IRC. Este coeficiente resulta de dividir el total del Valor de la Compensación Hipotética ajustada en función del número de casos de IRC de la EPS<sub>i</sub>, entre el total del valor de la Compensación Observada de la EPS<sub>i</sub> (no ajustada), en el período de estudio.*

$$CIRC_i = VCH_i / VCO_i$$

*Donde:*

**a) VCH<sub>i</sub>** = Valor de la Compensación Hipotética ajustada en función del número de casos de IRC en la **EPS<sub>i</sub>**.

**b) VCO<sub>i</sub>** = Valor de la Compensación Observada en la **EPS<sub>i</sub>** (no ajustada).

El subíndice **i** hace referencia a las EPS: **1, 2, 3, ... , n.**

Que se calculan:

**a) VCH<sub>i</sub>** = Valor de la Compensación Hipotética según el número de casos de IRC en la **EPS<sub>i</sub>**, se obtiene así:

$$VCH_i = \sum (VC_{ij} * CIRC_{ij})$$

Donde el subíndice **j** se refiere al grupo de edad, **1, 2, ..., m**.

**VCij** = Valor de la Compensación Observada del grupo de edad **j** de la EPS **i**.

**CIRCij** = Coeficiente de IRC en el grupo de edad **j** de la EPS **i**, que se obtiene de la siguiente forma:

$$\text{CIRCij} = [(\text{FOIRCij}/\text{FNIRCj} - 1) * \text{Kj}] + 1$$

**FOIRCij**: Frecuencia anual de casos observados de IRC en la EPS **i** para el grupo de edad **j**.

**FNIRCj**: Frecuencia total de casos observados de IRC para el grupo de edad **j**, de todas las EPS.

**Kj**: Porcentaje observado de la UPC destinado a cubrir los gastos de alto costo de la patología IRC, para el grupo de edad **j**.

$$\text{Kj} = \frac{\sum_{i=1}^n \text{Costo IRCij} \times 100}{\sum_{i=1}^n \text{VCOij}}$$

**Costo IRCij** = Gasto en la atención de IRC en el grupo de edad **j** reportado por la EPS **i**.

**VCOij** = Valor de la Compensación Observada en el grupo de edad **j** de la EPS **i**.

**b) VCOi** = Valor de la Compensación Observada en la EPS **i**.

Que se obtiene de sumar los resultados de multiplicar el número de afiliados de cada uno de los grupos de edad **j** por su correspondiente UPC.

$$\text{VAOi} = \sum_{j=1}^m \text{UPCj} * \text{NAij}$$

**UPCj** = UPC del grupo de edad **j**.

**NAij** = Número de afiliados del grupo de edad **j** de la EPS **i**.

**ARTÍCULO 2o.** Modificar el artículo 4o del Acuerdo 287, el cual quedará así:

*Artículo 4o. Aplicación del coeficiente. El encargo fiduciario del Fosyga aplicará en el proceso de compensación de cada EPS el Coeficiente CIRCi definido anualmente por el CNSSS que reconoce el mayor o menor valor a descontar o reconocer en el proceso de compensación de cada EPS por la ocurrencia del mayor o menor número de casos de IRC, al multiplicar la compensación calculada a partir de las UPC de los grupos de edad aprobadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por el Coeficiente CIRCi. Para el presente año el coeficiente se aplicará a partir de la compensación correspondiente al mes de agosto.*

*PARÁGRAFO 1o. La subcuenta de compensación del Fosyga deberá mantener un equilibrio anual (suma cero) entre los valores negativos y positivos que resulten de la aplicación de la fórmula establecida con los parámetros descritos en el artículo 3o del presente Acuerdo. El techo anual de la compensación con el Coeficiente CIRCi para cada EPS, no podrá superar o ser inferior al resultado de la diferencia de la compensación con el Coeficiente CIRC con relación a la Compensación Observada, obtenida en el período de estudio, julio 1o del año n-2, a junio 30 del año n-1.*

*PARÁGRAFO 2o. El Coeficiente definido en el presente Acuerdo no se aplicará para las Entidades Adaptadas al SGSSS.*

*ARTÍCULO 3o. Modificar el artículo 5o del Acuerdo 287, el cual quedará así: Artículo 5o. Información para la definición del coeficiente. Para definir el Coeficiente CIRCi que se aplicará en el año n, se tomará la información reportada por las EPS de los casos de Insuficiencia Renal Crónica para el período comprendido entre el 1o de julio del año n-2 y el 30 de junio del año n-1 y el promedio anual de afiliados compensados correspondientes al mismo período, de conformidad con la última información disponible al momento del cálculo, reportada por el Fosyga.*

*PARÁGRAFO transitorio 1o. Para definir el coeficiente que se aplicará a partir del año 2005, se tomará la información reportada por las EPS de los casos de Insuficiencia Renal Crónica para el período comprendido entre el 1o de julio de 2003 y el 30 de junio de 2004 y el promedio anual de afiliados compensados correspondientes a ese mismo período, de conformidad con la última información disponible al momento del cálculo, reportada por el Fosyga.*

*PARÁGRAFO transitorio 2o. Para la definición del coeficiente que se aplicará en el 2005, el número de pacientes con IRC reportado en la base de datos de que trata el presente artículo, se aumentará o disminuirá dependiendo del número de pacientes trasladados en virtud del Acuerdo 245 del CNSSS, cuya afiliación haya sido radicada y aceptada por la nueva EPS antes del 15 de diciembre de 2004, aun cuando la efectividad del traslado sea posterior en virtud de lo dispuesto por el artículo 56 del Decreto 806 de 1998. De igual manera, la base de datos se afectará en el número de afiliados provenientes de Cajanal EPS que debe recoger los pacientes con IRC recibidos por las EPS.*

*ARTÍCULO 4o. Modificar el artículo 7o del Acuerdo 287, el cual quedará así: Artículo 7o. Reporte de información y definición del coeficiente. El Ministerio de la Protección Social definirá los formatos para el reporte de la información establecida en el presente Acuerdo y efectuará los cálculos correspondientes para determinar cada una de las variables contempladas en la fórmula establecida en el artículo 3o del presente Acuerdo. Con base en los cálculos efectuados, el CNSSS determinará el valor del K por cada grupo etáreo y establecerá los coeficientes para cada EPS año tras año.*

*ARTÍCULO 5o. VIGENCIA Y DEROGACIONES. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y modifica el Acuerdo 287 del CNSSS.*

De la anterior lectura la Sala encuentra que fue mediante el Acuerdo 287 de 2005 que se determinó que la enfermedad a equilibrar era la insuficiencia renal crónica, así como la forma en que se iba a ejecutar dicha fórmula; acto administrativo objeto de modificación mediante Acuerdo 295 de 2005, en el que se determinó el coeficiente de UPC para equilibrar las desviaciones que puedan existir entre las diferentes EPS respecto del número observado de pacientes con insuficiencia renal crónica.

Así las cosas se concluye que el Acuerdo demandado se limitó simple y llanamente a aplicar la fórmula adoptada por el CNSSS mediante los Acuerdos 287 y 295 de 2005, con el propósito de establecer el porcentaje estimado de la UPC destinado a cubrir los gastos de alto costo de dicha patología y a definir el coeficiente CIRCi que corresponde a cada EPS para el año 2005; buscando equilibrar las desviaciones que se presentan entre las distintas EPS en función del número de pacientes diagnosticados con Insuficiencia Renal Crónica. Acuerdos que se encuentran amparados por la presunción de legalidad y soportados en la información que fue suministrada por las EPS respecto del número de pacientes diagnosticados con ICR, por edades, y que fueron atendidos del 1° de junio de 2003 al 1° de julio de 2004.

En otras palabras, al expedir el Acuerdo demandado, el CNSSS no hizo nada distinto a dar estricta aplicación a lo previsto en el artículo 3°, Parágrafo Transitorio 1° del Acuerdo 295 de 2005, en donde se dispuso que para la definición del coeficiente CIRCi, debía tomarse la información reportada por las EPS sobre los casos de Insuficiencia Renal Crónica atendidos durante el período comprendido entre el 1° de julio de 2003 y el 30 de junio de 2004 y el promedio anual de afiliados compensados correspondientes a ese mismo período, de conformidad con la última información disponible al momento del cálculo, reportada por el FOSYGA.

Finalmente, se advierte que la actora había sustentado esta censura en el parágrafo del artículo 172 de la Ley 100 de 1993 que, como se dijo en líneas precedentes, fue objeto de análisis por la sentencia proferida en 2013 por la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado<sup>22</sup>; por lo que aunado a lo

---

<sup>22</sup> La circunstancia de que se haya establecido la existencia de una mayor concentración de pacientes diagnosticados con IRC en el ISS, no quiere decir que el CNSSS, al expedir el acto demandado, haya ejercido las atribuciones que le confiere el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, para obtener un fin diferente de aquel que la ley persigue y quiere, que no es otros distinto al de garantizar la estabilidad del sistema y conjurar las desviaciones que se

expuesto en párrafos precedentes se concluye que el cargo no prospera.

### **5.3.1.3. Falsa motivación**

Ahora bien, en cuanto a este cargo, dirigido a señalar que con el acto acusado se buscaba beneficiar al ISS, como EPS con mayor número de pacientes diagnosticados con insuficiencia renal crónica, es menester señalar que fue mediante el Acuerdo 287 de 2005 que se determinó que la IRC era la enfermedad a equilibrar, el cual fue modificado por el Acuerdo 295 que estableció la forma para determinar el coeficiente CIRCi a aplicar para el año 2005.

En esa medida, la circunstancia de que se haya establecido la existencia de una mayor concentración de pacientes diagnosticados con IRC en el ISS, no quiere decir que el CNSSS, al expedir el acto demandado, haya ejercido las atribuciones que le confiere el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, para obtener un fin diferente de aquel que la ley persigue y quiere, que no es otros distinto al de garantizar la estabilidad del sistema y conjurar las desviaciones que se presentan entre las distintas EPS en función del número de pacientes con Insuficiencia Renal Crónica - IRC.

En cuanto al hecho de que el ISS haya sido menos eficiente que las demás entidades del sector en el tratamiento y en la adopción de medidas de prevención de la patología conocida como IRC, no significa en modo alguno que deba tenerse por demostrado la incidencia que pudieron haber tenido esos hechos en la concentración de pacientes diagnosticados con IRC en el ISS, pues esa concentración obedece a razones históricas que se explican por la antigüedad del ISS, por la selección natural de los afiliados y la composición por edades de quienes se encuentran afiliados a dicha entidad.

---

presentan entre las distintas EPS en función del número de pacientes con Insuficiencia Renal Crónica, IRC.

Para que se configure la desviación de poder es necesario que quien alega aporte al proceso los elementos directos o indirectos que demuestren el interés particular y malintencionado que determinó la expedición del acto, pero en este caso el actor no allega prueba alguna que así lo permita deducir.

En este punto la Sala considera necesario hacer una precisión conceptual respecto de la falsa motivación y la desviación de poder; la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación *"es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente"*<sup>23</sup>. Ahora bien, en cuanto a la desviación del poder este alto tribunal ha sostenido que: *"tiene lugar cuando los motivos que justifican el acto resultan ajenos a la ley. De allí que cuando se alega esta causal de nulidad debe llevarse al Juez a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera debido producirse si la decisión se hubiere proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan"*<sup>24</sup>.

Por lo anterior la Sala advierte que el Tribunal, *a quo*, erró al confundir las causales de falsa motivación y desviación de poder; sin embargo no se advierte que el acto acusado esté falsamente motivado, precisamente porque se sustenta en normas generales contenidas en los Acuerdos 287 y 295 que se itera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se limitó a cumplir en el Acuerdo 296 de 2005, demandado en el presente asunto. Corolario, la Sala no encuentra de recibo la censura de falsa motivación.

Valga aclarar que en la demanda la parte actora solicitó la inaplicación de los acuerdos 287 y 295 de 2005, pretensión que le fue negada por la sentencia recurrida, pero que no fue insistida en vía del recurso de apelación.

---

<sup>23</sup> Sentencia del 26 de julio de 2017. M.P. Milton Chaves García. Rad.: 22326.

<sup>24</sup> Sentencia del 22 de enero de 2015. M.P.: María Claudia Rojas Lasso. Rad.: 2008 00382 01.

Finalmente, resulta inane para la Sala abordar el eje temático **IV)** referente a que en caso de declararse la nulidad del acto acusado se pronunciaría respecto de la nulidad de los actos que se expidan como consecuencia o en aplicación del acto acusado (Acuerdo 296 de 2005), por una parte, comoquiera que como se indicó la decisión es confirmatoria de la denegatoria de pretensiones y este estudio estaba supeditado a que las pretensiones anulatorias contra el mentado acto fueran de recibo y por otra parte, en principio, porque ello implicaría adentrarse a la figura de la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo que como ha sido reiterado por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no requiere declaración judicial.

Así las cosas, la Sala concluye que el cargo de falsa motivación y la violación de las normas superiores invocadas como desconocidas no tienen vocación de prosperidad, razón por la que confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de denegarlas, motivo por el cual en la parte resolutive de la presente decisión se dispondrá confirmar el fallo proferido por el *a quo*.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

### **FALLA**

**Primero.- CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de agosto de 2012 por la Sección Primera, Subsección “C”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**Segundo.- DEVOLVER** el expediente de la referencia al tribunal de origen, una vez quede en ejecutoriada la presente providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

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

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

