

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Competencia / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Decreto 861 de 2010

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, 37-2 de la Ley 270 de 1996 y 97-2 del Código Contencioso Administrativo, corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado ejercer el control inmediato de legalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos por autoridades del orden nacional, en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos expedidos durante los estados de excepción. En el caso particular, el Decreto 861 de 2010 fue expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades conferidas en el Decreto 131 de 2010, dictado bajo el estado de emergencia social, previsto en el artículo 215 de la Constitución Política. Se trata, pues, de un decreto de carácter general que reglamenta un decreto legislativo y que, por ende, es susceptible del control inmediato de legalidad.

FUENTE FORMAL: LEY 137 DE 1994 - ARTICULO 20 / LEY 270 DE 1996-ARTICULO 37.2 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 97.2

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Características / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Noción. Definición. Concepto

El control inmediato de legalidad es el medio jurídico previsto en la Constitución Política para examinar los actos administrativos de carácter general que se expiden al amparo de los estados de excepción, esto es, actos administrativos que desarrollan o reglamentan un decreto legislativo. El examen de legalidad se realiza mediante la confrontación del acto administrativo con las normas constitucionales que permiten la declaratoria de los estados de excepción (artículos 212 a 215 de la Constitución Política), la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994) y los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con ocasión de la declaratoria del estado de excepción. En oportunidades anteriores, la Sala ha definido como características del control inmediato de legalidad las siguientes: Es un proceso judicial porque el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 otorgó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para examinar la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de la función administrativa que desarrolla los decretos. De ahí que la providencia que decida el control de legalidad tenga las características de una sentencia judicial. Es automático e inmediato porque tan pronto se expide el acto administrativo general, el Gobierno Nacional debe enviarlo para que se ejerza el control correspondiente. En caso de que el Gobierno no lo envíe dentro de las 48 horas siguientes a la expedición, la autoridad judicial competente debe asumir, de oficio, el control de tal acto. Por lo tanto, ni siquiera es necesario que el acto se haya divulgado. Es autónomo, toda vez que es posible que se controlen los actos administrativos antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan. Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad del acto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos del estado de excepción. En principio, podría pensarse que el control integral supone que el acto administrativo general se confronta frente a todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, debido a la complejidad del ordenamiento jurídico, el control de legalidad queda circunscrito a las normas invocadas en la sentencia con la que culmina el procedimiento especial de control de legalidad previsto en la ley estatutaria 137.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 212 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 215 / LEY 137 DE 1994 - ARTICULO 20

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencias de: 28 de enero de 2003, exp. 094901; 7 de octubre de 2003, exp. 047201; 16 de junio de 2009, exp. 00305-00 y 9 de diciembre de 2009, exp. 0732-00

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Compatibilidad con la acción de nulidad / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Efectos

La Sala Plena ha venido precisando que el control es compatible con la acción pública de nulidad (artículo 84 del C.C.A), que puede intentar cualquier ciudadano para cuestionar los actos administrativos de carácter general. De modo que el acto administrativo puede demandarse en acción de nulidad, posteriormente, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad. Por igual, la acción de nulidad por inconstitucionalidad, prevista en el artículo 237-2 de la C.P., resulta apropiada para cuestionar la validez de los actos administrativos expedidos en desarrollo de los decretos legislativos y a la luz de la Constitución. Por eso, si bien el control pretende ser integral, no es completo ni absoluto. La sentencia que decide el control de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 237.2 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84

NOTA DE RELATORIA: Sobre los efectos del control inmediato de legalidad, consultar sentencias de: 7 de febrero de 2000, exp. 033 y 20 de octubre de 2009, exp. 00549. En relación con cosa juzgada relativa y el control de legalidad, ver 9 de diciembre de 2009, exp. 00732

DECRETO 861 DE 2010 - Antecedentes

El Decreto 861 del 12 de marzo de 2010 fue expedido por el Presidente de la República, invocando el artículo 48 del Decreto Legislativo 131 de 2010, Decreto Legislativo relacionado con la adopción “del Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud”, decreto, a su vez, dictado bajo el amparo del Decreto 4975 de 2009, que declaró, por el término de 30 días, la emergencia social en todo el país. El Decreto 861 de 2010 también invoca las competencias generales del Presidente de la República para reglamentar las leyes (artículo 189-11 de la C.P.) Por medio del Decreto 4975 de 2009, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia social debido a la grave situación financiera que afectaba al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que amenazaba la prestación continua del servicio y la protección de los derechos a la salud y a la vida, según se anunció en su momento. Se adujo además que el crecimiento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud –POS y la ineficiencia en el manejo de los recursos del sistema de salud agravaron la situación financiera de las EPS y las Instituciones Prestadoras de Servicios -IPS de Salud. Según el Gobierno Nacional, esas situaciones no podían conjurarse con los mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico, sino con medidas extraordinarias. (...) el Decreto Legislativo 131 autorizó a los Ministerios de Protección Social y Hacienda para crear una metodología que permitiera definir el valor a pagar a las EPS para asegurar el equilibrio de financiación del tratamiento de patologías de alto costo que estuvieren presentado el fenómeno denominado desviación de siniestralidad. Sin embargo, tanto la norma que declaró la

emergencia social como la que desarrolló la norma objeto de control fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional. En efecto, mediante sentencia C-252 del 16 de abril de 2010, la Corte Constitucional, en ejercicio del control automático de constitucionalidad, previsto en los artículos 214-6 y 241 de la C.P., declaró inexecutable el Decreto 4975 de 2009, pero difirió los efectos de la inexecutable respecto de las normas que establecieran fuentes tributarias de financiación. Al igual, mediante sentencia C-289 del 21 de abril de 2010, se declaró inexecutable el Decreto Ley 131 de 2010, por consecuencia de la inexecutable del Decreto 4975 de 2009, que le servía de fundamento.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189.11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 214.6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 241 / DECRETO 4975 DE 2009 / DECRETO LEGISLATIVO 131 DE 2010 / DECRETO 861 DE 2010

INEXIQUIBILIDAD DE LA NORMA QUE SE REGLAMENTA - Efectos

El Decreto 861 de 2010 perdió fuerza ejecutoria en virtud de la declaratoria de inexecutable de la norma que reglamentaba (Decreto 131 de 2010). No obstante, la Sala Plena ha precisado que la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo no la releva de ejercer el control de legalidad, pues éste procede por los efectos que produjo o que pudo producir el acto administrativo antes de que sobreviniera el decaimiento, tal como se explicó al inicio de las consideraciones.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencias de: 13 de mayo de 1997, exp. 0004; 16 de junio de 2009, exp. 0010800; 11 de agosto de 2009, exp. 00304-00; 22 de febrero de 2011, exp. 0045200; 31 de mayo de 2011, exp. 0038800; 12 de abril de 2011, exp. 0017000 y 8 de febrero de 2011, exp. 0016900

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Decreto 861 de 2010 / EXPEDICION DEL DECRETO 861 DE 2010 - Cumplimiento de los requisitos de forma

En el *sub lite*, el decreto examinado está suscrito por el Presidente y por los Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, toda vez que se refiere a la metodología para el ajuste de siniestralidad sobre el promedio del Sistema General de Seguridad Social en Salud en la Enfermedad Renal Crónica. Se trata, pues, de un tema relacionado con el sector salud y que, sin duda, tiene incidencia también en el fisco nacional. Adicionalmente, se advierte que el decreto examinado tiene elementos suficientes que permiten su identificación, como el número, la fecha, la identificación de las facultades que permiten su expedición, las consideraciones, el articulado y la firma de quienes lo suscriben. Lo anterior permite concluir que el acto sometido a control cumple a cabalidad con los requisitos de forma, que si bien no son sustanciales deben ser cumplidos por la autoridad que profiere el acto administrativo.

NOTA DE RELATORIA: Consultar Sala Plena, en las siguientes fechas y dentro de los siguientes expedientes: del 13 de mayo de 1997, expediente N° CA-0004; de 16 de junio de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00108-00(CA); de 11 de agosto de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00304-00(CA); del veintidós (22) de febrero de dos mil once (2011), Exp. 11001-03-15-000-2010-00452-00(CA); del treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), Exp. 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA); del doce (12) de abril de dos mil once (2011), Exp. 11001-03-15-000-2010-00170-00(CA); del ocho (8) de febrero de dos mil once (2011), Exp. 11001-03-15-000-2010-00169-00(CA).

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Decreto 861 de 2010 / EXPEDICION DEL DECRETO 861 DE 2010 - Cumplimiento de los requisitos de fondo / REQUISITO DE FONDO - Competencia para expedir el acto administrativo / REQUISITO DE FONDO - Publicación del acto administrativo / REQUISITO DE FONDO - Conexidad del acto administrativo y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia social

El Decreto 861 de 2010 fue expedido por el Presidente de la República, tanto en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189-11 de la Constitución Política, como en ejercicio de la potestad dada por el Decreto Legislativo 131 de 2010. Es un Decreto general propio del régimen de los estados de excepción. Además, por la materia que desarrolla dicho decreto debía llevar la firma de los Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, por cuanto definía la metodología para el ajuste de siniestralidad sobre el promedio del Sistema General de Seguridad Social en Salud en la Enfermedad Renal Crónica - ERC. (...) el acto fue expedido por la autoridad pública investida de competencia y, por ende, se encuentra cumplido el requisito. (...) De conformidad con los artículos 119 de la Ley 489 de 1998 y 43 del Código Contencioso Administrativo los actos administrativos de contenido general y abstracto son obligatorios siempre y cuando se hayan publicado en el Diario Oficial. En el caso particular, el Decreto 861 de 2010 fue publicado el 16 de marzo de 2010 en el Diario Oficial 47.653, lo que significa que se cumplió con el requisito de publicación, necesario para efectos de vigencia y oponibilidad de los actos administrativo de carácter general y abstracto. (...) Para la Sala es evidente que existe relación de conexidad entre el Decreto 861 de 2010, objeto del presente control, y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia social. En efecto, en el Decreto 4975 de 2009, que declaró la emergencia social, la razón principal para declararla fue la insostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que ponía en grave riesgo no sólo la continuidad en la prestación del servicio de salud, sino el goce efectivo del derecho a la vida. Una de las razones que generó esa insostenibilidad financiera fue el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos, máxime cuando se trata de patologías denominadas de alto costo, según el Decreto que declaró el estado de excepción. Por eso, el Decreto Legislativo 131 de 2010 se expidió con el fin de adoptar medidas extraordinarias tendientes a regular la forma de acceso, la definición de criterios, la institucionalidad, las condiciones y los límites para la prestación de servicios de salud y para la provisión de medicamentos, a efectos de racionalizar el acceso a los servicios de salud y garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular. (...) el Decreto 861 de 2010 no contrarió los fines por los cuales fue decretado el estado de emergencia social mediante el Decreto 4975 de 2009. Así como tampoco contrarió el parágrafo del artículo 48 del Decreto Legislativo 131 de 2010 y las normas consideradas por la Sala en esta sentencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, cinco (5) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA)

Actor: GOBIERNO NACIONAL

Demandado: DECRETO 861 DE 2010

De conformidad con el artículo 3º de la Ley 137 de 1994, ejerce la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el control de legalidad sobre el Decreto 861 del 16 de marzo de 2010, "*Por el cual se define la metodología a aplicar para el ajuste de la desviación de siniestralidad sobre el promedio del Sistema General de Seguridad Social en Salud en la Enfermedad Renal Crónica-ERC*".

ANTECEDENTES

1. Acto sometido a control.

Mediante oficio OF110-00025453/AUV 132000 del 17 de marzo de 2010, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República remitió copia autenticada del Decreto 861 del 16 de marzo de 2010, a esta corporación.

El texto del decreto es del siguiente tenor:

**"MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
DECRETO 861 DE 2010**

(MARZO 16 DE 2010)

Por el cual se define la metodología a aplicar para el ajuste de la desviación de siniestralidad sobre el promedio del Sistema General de Seguridad Social en Salud en la Enfermedad Renal Crónica-ERC.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el párrafo del artículo 48 del Decreto 131 de 2010, y

CONSIDERANDO:

Que la ley 100 previó la Unidad de Pago por Capitación -UPC como mecanismo básico de financiación de las coberturas en salud definidas a cargo de las Entidades Promotoras de Salud- EPS bajo el esquema de aseguramiento obligatorio.

Que la Ley 1122 de 2007 en sus artículos 19 y 25 literal b) autorizó al Gobierno Nacional para determinar un mecanismo adicional de financiación para las patologías de alto costo que permita ajustar la desviación del riesgo, en virtud de lo cual se expidió el Decreto 2699 de

2007 que crea la denominada "Cuenta de Alto Costo", modificado parcialmente por el Decreto 3511 de 2009.

Que la Cuenta de Alto Costo viene operando inicialmente en relación con la atención de la Enfermedad Renal Crónica (ERC) y en desarrollo de lo previsto en la reglamentación, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social expedieron la Resolución 3413 de 2009, modificada parcialmente por la Resolución 4917 de 2009, mediante la cual se precisó la metodología para calcular la desviación de riesgo a aplicar en la distribución de recursos de la cuenta de alto costo entre las Entidades Promotoras de Salud -EPS y las Entidades Obligadas a Compensar -EOC.

Que, como resultado de la revisión conjunta que han efectuado los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, se evidencia una desviación de siniestralidad en la patología de Enfermedad Renal Crónica (ERC) superior a la promedio del Sistema en unas EPS, y en aras de garantizar la prestación de servicios de salud se utilizará la metodología para calcular la desviación de riesgo de la Cuenta de Alto Costo, con lo cual se busca colaborar en asegurar el equilibrio del financiamiento de dicha patología por los tiempos estrictamente necesarios y siempre teniendo en cuenta que esta concentración de siniestralidad es descendente en el tiempo. '

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1. METODOLOGÍA PARA AJUSTE DE LA DESVIACIÓN DEL RIESGO. Para efectos de lo previsto por el parágrafo del artículo 48 del Decreto 131 de 2010, en relación con la Enfermedad Renal Crónica-ERC la metodología aplicable para determinar el valor que deberá asignársele a las EPS para asegurar su equilibrio financiero será la definida en el marco del Decreto 2699 de 2007 modificado parcialmente por el Decreto 3511 de 2009.

Artículo 2. DESVIACIÓN DE SINIESTRALIDAD CAUSADA. En desarrollo del artículo anterior, los montos a reconocer serán establecidos a partir de los determinados por la Resolución 4917 de 2009 expedida de manera conjunta por los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, calculando la diferencia entre el monto antes de aplicar el criterio de suma cero de que trata dicha resolución y el monto después de aplicar el criterio de suma cero.

Artículo 3. GIRO DE LOS RECURSOS. El Fosyga girará directamente a las EPS los montos que definan conjuntamente los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social en virtud de lo previsto en el artículo 2 del presente decreto.

Artículo 4. VIGENCIA. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá D. C., a 16 de marzo de 2010.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

*El Ministro de Hacienda y Crédito Público,
ÓSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR*

*Ministro de la Protección Social,
DIEGO PALACIO BETANCOURT*

El Decreto fue publicado el 16 de marzo de 2010 en el Diario Oficial 47.653.

2. Actuación procesal surtida.

El magistrado sustanciador, mediante auto del 31 de mayo de 2010, avocó el conocimiento; ordenó la fijación en lista por el término de cinco días, para que los ciudadanos impugnaran o coadyuvaran la legalidad del Decreto 861 de 2010; corrió traslado al señor Procurador General de la Nación, para que rindiera concepto; ordenó comunicar a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Protección Social, y ordenó pedir los antecedentes que dieron lugar a la expedición del decreto en cuestión.

3. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Ese Ministerio intervino por conducto de la Directora General de Regulación Económica de Seguridad Social.

Explicó que el Decreto 861 de 2010 fue expedido en cumplimiento de las facultades otorgadas en el parágrafo del artículo 48 del Decreto 131 de 2010. Dijo que ese Decreto permitía diseñar una metodología para definir la cifra que, con cargo al FOSYGA, debía pagarse a las EPS, para asegurar el equilibrio del financiamiento de patologías de alto costo que presentaban una desviación de siniestralidad sobre el promedio del sistema, y que debido a la concentración del riesgo que esas patologías generaban, no podían cubrirse por los esquemas ordinarios de financiamiento ni por el mecanismo desarrollado a partir del artículo 19 de la Ley 1122 de 2007.

Citó la sentencia de esta Corporación del 11 de octubre 2006, expediente 2000-0311, para concluir que el acto demandado tenía la finalidad de evitar el desequilibrio del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya que permitiría que los pacientes que sufren enfermedades de alto costo no se concentraran en “*unas pocas EPS*”, y que eso, además, facilitaría la prestación continua del servicio de salud.

Dijo que mediante el Decreto 2699 de 2009¹, modificado parcialmente por el Decreto 3511 de 2009², se creó la denominada “*Cuenta de Alto Costo*”³. Y que ese Decreto fue reglamentado por la Resolución 3413 de 2009⁴, parcialmente modificada por la Resolución 4917 de 2009⁵.

Manifestó que con la Ley 100 de 1993 se definió la Unidad de Pago por Capitación como el valor medio que se paga a las EPS por la atención prestada a cada afiliado y que supone una estructura de costos que tiene una distribución normal y homogénea para todas las EPS.

Que cada EPS tiene una frecuencia de uso de servicios que se concentra alrededor del promedio de los costos. Que, sin embargo, para el caso de la distribución de los costos para los casos de Insuficiencia Renal Crónica, se presentaba una asimetría negativa, ya que en las EPS se concentraban los costos a la derecha de la media, lo que significaba que para esa patología se presentaba una “*mayor frecuencia de uso de servicios*”.

Aseguró que para corregir ese tipo de desviaciones, mediante el Decreto 2699 de 2009, se creó la Cuenta de Alto Costo, que suponía la definición de mecanismos de cálculo para determinar los montos de giro y distribución de los recursos para las EPS del régimen contributivo y subsidiado y para las Entidades Obligadas a Compensar. Que esa cuenta permitía determinar los montos mensuales que debían girar las EPS, con mayor siniestralidad. Que eso implicaba, además, “*una concentración del riesgo para dicha patología que no puede ser cubierta por el*

¹ “Por el cual se establecen algunas normas relacionadas con el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

² “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2699 de 2007 y se dictan otras disposiciones.”

³ “Por la cual se modifica parcialmente la Resolución 3413 de 2009”

⁴ “Por la cual se fijan los mecanismos de cálculo que definen los montos de giro y distribución de los recursos de la cuenta de alto costo para las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado, y Entidades Obligadas a Compensar, en el caso de la Terapia de Reemplazo Renal por Enfermedad Renal Crónica, ERC.”

⁵ “Por la cual se modifica parcialmente la Resolución 3413 de 2009”

mecanismo que representa la cuenta de alto costo y por lo tanto en el Decreto 131 de 2010 se previó un mecanismo que como se dijo antes, permitiera definir mecanismos adicionales para introducir ajustes adicionales (sic) a las desviaciones de siniestralidad que subsisten aún después de aplicado el mecanismo de la cuenta de alto costo.”

4. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación emitió concepto y pidió declarar la nulidad del Decreto 861 de 2010.

Destacó que el Decreto 861 de 2010 fue expedido en ejercicio de las facultades otorgadas por el parágrafo del artículo 48 del Decreto 131 de 2010, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-289 de 2010, por haberse expedido con fundamento en el Decreto de emergencia social 4975 de 2009, también declarado inconstitucional y que, a su vez, sirvió de fundamento para la expedición del decreto objeto de control.

Después de hacer referencia a la sentencia de inexecutable mencionada, el Ministerio Público manifestó que el Decreto 861 de 2010 definió la metodología que debía aplicarse para el ajuste de la desviación de siniestralidad sobre el promedio del Sistema General de Seguridad Social en Salud para la Enfermedad Renal Crónica –ERC.

Dijo que la Resolución 3413 de 2009, modificada parcialmente por la Resolución 4917 de 2009, precisó la metodología para calcular la desviación de riesgo a aplicar en la distribución de recursos de la cuenta de “alto costo” entre las Entidades Promotoras de Salud –EPS y las Entidades Obligadas a Compensar –EOC.

Dijo que los artículos 2 y 3 del Decreto 861 de 2010 prevén de manera transitoria el procedimiento para establecer el monto a reconocer a las EPS, para asegurar el equilibrio financiero y la forma de efectuar el giro de dichos recursos. Manifestó que el procedimiento que se encuentra vigente para esos efectos está establecido en los Decreto 2699 de 2007 y 3511 de 2009, éste último, que modificó parcialmente el primero. Que los últimos decretos mencionados sirvieron de fundamento para la expedición de las Resoluciones 4917 del 9 de diciembre de

2009 y 3413 del 16 de septiembre de 2009, que establecían, para el caso de la Enfermedad Renal Crónica -ERC, los mecanismos de cálculo, los montos de giro y la distribución de los recursos de la cuenta de alto costo para las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado y de las demás entidades obligadas a compensar.

A juicio del Ministerio Público, el ejecutivo no podía, de manera “transitoria”, diseñar la metodología para definir la cifra a pagar a las EPS para asegurar el equilibrio del financiamiento de la Enfermedad Renal Crónica, pues para garantizar la prestación de los servicios *“por razón de concentración del riesgo en una patología de alto costo, deben estar previamente establecidos los mecanismos para calcular los montos de giro y la distribución de los recursos de la cuenta de alto costo de las EPS y Entidades Obligadas a Compensar, para poder satisfacer la demanda de terapia de reemplazo renal por enfermedad renal crónica.; así mismo, estar cubiertos los esquemas de financiamiento previamente establecidos para el efecto, esto es la UPC y el mecanismo desarrollado a partir del artículo 19 de la Ley 1122 de 2007 y demás decretos reglamentarios.”*

Que, en consecuencia, el Gobierno Nacional, amparado en un decreto de una emergencia social inexistente, no podía definir la metodología de manera transitoria, sino que debía hacerlo de manera permanente, conforme se lo exige la normatividad que rige la materia. Dijo que, contrario a lo expuesto en el Decreto 861 de 2010, esa metodología generaría un desequilibrio financiero a las EPS, que pondría en riesgo la sostenibilidad del sistema.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión preliminar

El ponente en todos los procesos de control de legalidad fallados hasta la fecha por la Sala Plena ha aclarado el voto⁶. En esta oportunidad, la providencia se

⁶ En las sentencias dictadas por la Sala Plena en el año 2011 aclaré el voto en el sentido de precisar de que si bien comparto que los actos administrativos que fueron objeto de análisis en esas sentencias tuvieron vigencia, esa vigencia fue efímera y, por tanto, un pronunciamiento de fondo era innecesario, porque si bien es factible pensar que mientras tuvo una vigencia efímera la norma pudo causar un efecto particular y concreto ora a favor ora en contra de alguien, o, sería el juez del caso concreto o del proceso judicial que involucre la aplicación de la norma demandada el encargado de definir si la norma contenía o no contenía disposiciones ilegales o inconstitucionales, todo esto, mediante el instituto de la excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad. Argumenté que “Por anticipado y de modo general, la Corporación no puede decir que en hipotéticos casos concretos el acto general, el reglamento, el decreto, la resolución general, se estima válida o inválida.”, puesto que si alguien se consideró afectado por la aplicación en concreto de las normas demandadas bien habría podido demandar lo pertinente. Adicionalmente, precisé que la expedición de normas generales, por el solo hecho de estar en el ordenamiento jurídico causan un efecto general, efecto que no permite suponer, por ese solo hecho, que causen un efecto particular y concreto, puesto que esto dependerá de cada situación. Por eso concluí que “(...) por el prurito de emitir un pronunciamiento que guíe u oriente sobre el proceder que, eventualmente, pudiera asumirse frente a situaciones concretas

elabora con fundamento en la doctrina judicial vigente proveniente de la Sala Plena, pero el ponente se reserva el derecho a reiterar las razones por las que ha venido aclarando el voto, como ya lo ha hecho en el pie de página. Según la doctrina imperante, hay que estudiar de fondo estos actos normativos que carecen de vigencia actual, por los eventuales “efectos” que pudo causar la norma o regla mientras estuvo en vigor.

2. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, 37-2 de la Ley 270 de 1996 y 97-2 del Código Contencioso Administrativo, corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado ejercer el control inmediato de legalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos por autoridades del orden nacional, en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos expedidos durante los estados de excepción.

En el caso particular, el Decreto 861 de 2010 fue expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades conferidas en el Decreto 131 de 2010, dictado bajo el estado de emergencia social, previsto en el artículo 215 de la Constitución Política.

Se trata, pues, de un decreto de carácter general que reglamenta un decreto legislativo y que, por ende, es susceptible del control inmediato de legalidad.

3. Características del control inmediato de legalidad

El control inmediato de legalidad es el medio jurídico previsto en la Constitución Política para examinar los actos administrativos de carácter general que se expiden al amparo de los estados de excepción, esto es, actos administrativos que desarrollan o reglamentan un decreto legislativo.

que se crearon en vigencia de la [norma] objeto de examen y que no se consolidaron, no era necesario emitir pronunciamiento de fondo, en virtud de la efímera vigencia del Decreto General, sólo se llegaron a configurar situaciones jurídicas generales que no se concretaron en situaciones concretas.” También están las tesis de la nulidad por consecuencia y la del decaimiento del acto, como tesis que impiden un pronunciamiento de fondo, fuera de la sustracción de materia, que es la que el ponente estima como la que debería adoptarse.

El examen de legalidad se realiza mediante la confrontación del acto administrativo con las normas constitucionales que permiten la declaratoria de los estados de excepción (artículos 212 a 215 de la Constitución Política), la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994) y los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con ocasión de la declaratoria del estado de excepción.

En oportunidades anteriores, la Sala⁷ ha definido como características del control inmediato de legalidad las siguientes:

- a) Es un proceso judicial porque el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 otorgó competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para examinar la legalidad de los actos administrativos proferidos en ejercicio de la función administrativa que desarrolla los decretos. De ahí que la providencia que decida el control de legalidad tenga las características de una sentencia judicial.
- b) Es automático e inmediato porque tan pronto se expide el acto administrativo general, el Gobierno Nacional debe enviarlo para que se ejerza el control correspondiente. En caso de que el Gobierno no lo envíe dentro de las 48 horas siguientes a la expedición, la autoridad judicial competente debe asumir, de oficio, el control de tal acto. Por lo tanto, ni siquiera es necesario que el acto se haya divulgado.
- c) Es autónomo, toda vez que es posible que se controlen los actos administrativos antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan.
- d) Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad del acto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos del estado de excepción.

⁷ Ver, entre muchas otras, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de enero de 2003, exp. 2002-0949-01, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez; del 7 de octubre de 2003, exp. 2003-0472-01, M.P. Tarcisio Cáceres Toro, del 16 de junio de 2009, exp. 2009-00305-00, y del 9 de diciembre de 2009, exp. 2009-0732-00, M.P. Enrique Gil Botero.

En principio, podría pensarse que el control integral supone que el acto administrativo general se confronta frente a todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, debido a la complejidad del ordenamiento jurídico, el control de legalidad queda circunscrito a las normas invocadas en la sentencia con la que culmina el procedimiento especial de control de legalidad previsto en la ley estatutaria 137.

En el último tiempo, la Sala Plena⁸ ha venido precisando que el control es compatible con la acción pública de nulidad (artículo 84 del C.C.A), que puede intentar cualquier ciudadano para cuestionar los actos administrativos de carácter general.

De modo que el acto administrativo puede demandarse en acción de nulidad, posteriormente, siempre que se alegue la violación de normas diferentes a las examinadas en el trámite del control inmediato de legalidad. Por igual, la acción de nulidad por inconstitucionalidad, prevista en el artículo 237-2 de la C.P., resulta apropiada para cuestionar la validez de los actos administrativos expedidos en desarrollo de los decretos legislativos y a la luz de la Constitución.

Por eso, si bien el control pretende ser integral, no es completo ni absoluto.

d) La sentencia que decide el control de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa. En cuanto a esta característica, la Sala ha dicho⁹:

“Por ello los fallos que desestiman la nulidad de los actos objeto de control o que la decretan sólo parcialmente respecto de algunos de sus preceptos, aunque tienen efecto *erga omnes*, esto es oponible a todos y contra todos, por otro lado, tienen la autoridad de **cosa juzgada relativa**, es decir, sólo frente a los ítems de ilegalidad analizados y decididos en la sentencia.

En síntesis, la decisión adoptada en un fallo desestimatorio, en estos casos, en tanto se contrae a un estudio de legalidad limitado dado su carácter oficioso, ajeno a la naturaleza dispositiva del control judicial asignado a la justicia administrativa, no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción con normas superiores y -por lo mismo- no empece ni es óbice

⁸ Ver., entre otras, las siguientes sentencias:

- Del 7 de febrero de 2000; Expediente: CA-033. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Del 20 de octubre de 2009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente N° 2009-00549.
- del 9 de diciembre de 2009, M.P. Enrique Gil Botero, expediente N° 2009-00732.

⁹ Sentencia del 23 de noviembre de 2010, expediente N° 2010-00196, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

para que a futuro se produzca otro pronunciamiento, que verse sobre reproches distintos que puedan edificarse sobre la misma norma.”

4. Examen de legalidad del Decreto 861 de 2010

4.1. Antecedentes del decreto controlado

El Decreto 861 del 12 de marzo de 2010 fue expedido por el Presidente de la República, invocando el artículo 48 del Decreto Legislativo 131 de 2010, Decreto Legislativo relacionado con la adopción “del Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud”, decreto, a su vez, dictado bajo el amparo del Decreto 4975 de 2009, que declaró, por el término de 30 días, la emergencia social en todo el país. El Decreto 861 de 2010 también invoca las competencias generales del Presidente de la República para reglamentar las leyes (artículo 189-11 de la C.P.)

Por medio del Decreto 4975 de 2009, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia social debido a la grave situación financiera que afectaba al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que amenazaba la prestación continua del servicio y la protección de los derechos a la salud y a la vida, según se anunció en su momento.

Se adujo además que el crecimiento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud –POS y la ineficiencia en el manejo de los recursos del sistema de salud agravaron la situación financiera de las EPS y las Instituciones Prestadoras de Servicios -IPS de Salud.

Según el Gobierno Nacional, esas situaciones no podían conjurarse con los mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico, sino con medidas extraordinarias.

En lo pertinente, las consideraciones expuestas en el Decreto 4975 de 2009, que declaró el estado de excepción, fueron las siguientes:

“(…)

Que el Sistema debe suministrar, por fuera del aseguramiento obligatorio, medicamentos y servicios no incluidos en los Planes de beneficios, lo cual actualmente es financiado a través del mecanismo

de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud, en el Régimen Contributivo ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, y en el Régimen Subsidiado ante las Entidades Territoriales, sin que el Estado cuente con los mecanismos para identificar adecuadamente situaciones de abuso en la demanda de estos servicios;

Que los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud no estaban previstos en la Ley 100 de 1993 ni fueron incorporados en los cálculos económicos realizados para la aprobación de la misma, sin embargo, la prestación de estos medicamentos y servicios se ha venido generalizando, de manera sobrevenida e inusitada lo cual pone en riesgo el equilibrio del Sistema;

Que el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud comprometen de manera significativa los recursos destinados al aseguramiento generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por ende, amenaza su viabilidad, poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida;

Que en efecto, tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado se ha observado que algunos reguladores y agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud incentivan la demanda o la oferta de servicios de salud por fuera de los incluidos en los planes de beneficios, sin consideración a criterios de efectividad, sostenibilidad, costo eficiencia, racionalidad en el uso de los servicios y recursos, como tampoco a la propia capacidad socioeconómica de los pacientes, con el consecuente aumento acelerado en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los. Planes Obligatorios de Salud y el incremento ostensible de los costos del sistema;

Que como prueba de ello se tiene que, en el Régimen Contributivo, el número de cobros presentados al FOSYGA por eventos No POS se incrementó de un número de 835.000 en 2007 que implicaron un valor pagado de \$626 mil millones a precios de 2007 a un número de cobros presentados del orden de 2.000.000 por un valor pagado de \$1.85 billones con corte a 2009. El crecimiento que reflejan estas cifras alcanza un 239% en el caso del número de cobros radicados mientras que el valor presenta un crecimiento del 280%;

Que la situación antes descrita atenta contra la equidad que debe caracterizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En efecto, en lo corrido del año 2009, 376.000 personas afiliadas al Régimen Contributivo, han obtenido beneficios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, por un valor aproximado con cargo al FOSYGA de \$1.8 billones, mientras que el aseguramiento para los cerca de 18 millones de afiliados en este régimen se proyecta que ascienda para el año 2009 a un monto del orden de los 10 billones de pesos;

Que además, recientemente, de acuerdo con la información aportada por Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo, Afidro, se ha logrado evidenciar por una parte, que para

algunos medicamentos el valor del recobro al FOSYGA excede notablemente el precio de venta del laboratorio y, por otra parte, que en algunos casos, el número de medicamentos recobrados es superior al número de unidades oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios;

Que en el Régimen Subsidiado también se evidencia el incremento en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, tal y como lo han reportado los departamentos al Gobierno Nacional, al señalar un incremento significativo del valor estimado del déficit por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud;

Que los Departamentos y el Distrito Capital han informado al Gobierno Nacional sobre un incremento significativo en el número de los medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y prevén, o algunos ya padecen, un grave déficit de recursos para la prestación de estos servicios, así como de los servicios de las personas pobres y vulnerables no aseguradas;

Que como prueba de lo anterior, de acuerdo con el reporte de 32 departamentos y 4 Distritos, en el último año, el déficit corriente por prestación de servicios de salud, más que se duplicó frente al año anterior, pasando de \$409.187 millones en 2008 a un valor estimado de \$885,237 millones en 2009, con un crecimiento de 116%; situación que se ha deteriorado en los últimos meses y las estimaciones para el corte del mes de diciembre de 2009, según reporte de los mismos, arroja que el déficit corriente proyectado se incrementará en un 129%;

Que las dificultades expresadas por las entidades territoriales han tenido un efecto directo en las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas y privadas, poniendo en riesgo el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional. En efecto, según la información reportada por Gestarsalud, entidad que agremia a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, en marzo de 2009, las cuentas por cobrar de sus entidades asociadas a las entidades territoriales por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud ascendía a \$3.726 millones y en septiembre del mismo año dichas cuentas alcanzaron un monto de \$37.226 millones, lo cual representa un incremento de 899% en los últimos seis meses;

Que, la dinámica y mayor complejidad adquirida por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, frente al flujo de recursos también ha evidenciado que los procedimientos y mecanismos para su distribución y giro, establecidos en la ley, resultan insuficientes lo que conlleva a ineficiencias y desvíos, que perjudican a los diferentes agentes del Sistema, y hacen más costosa la financiación del mismo, poniendo aún más en evidencia la grave situación de iliquidez en las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que amenaza al goce efectivo del derecho a la salud de los colombianos;

Que de conformidad con lo expresado por las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, como

consecuencia de todo lo anterior, en los últimos meses, se ha agravado de manera profunda la situación financiera en atención a las limitaciones propias del proceso para el giro de los recursos lo cual amenaza grave e inminentemente la continuidad en la prestación del servicio de salud. Esta situación se corrobora con los resultados del más reciente estudio de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, a junio de 2009, según el cual las cuentas por cobrar de una muestra de 115 instituciones a las entidades territoriales asciende a \$529.000 millones, del cual el 59% tiene un atraso mayor a 90 días;

Que, como evidencia de lo anterior, se observa un incremento ostensible de la cartera hospitalaria en todo el país, tal y como se puso de manifiesto por algunos departamentos durante el Consejo de Ministros ampliado con los Gobernadores llevado a cabo en la ciudad de Manizales el día 19 de noviembre de 2009;

Que, asimismo, según lo manifestado por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, el estado de la cartera con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo ha venido aumentando significativamente como consecuencia de la prestación de los servicios incluidos y no incluidos en los planes de beneficios, reflejándose en un cambio súbito en la tendencia a la disminución que traía dicha cartera en los últimos años. En efecto, según el estudio de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas antes mencionado, las cuentas por cobrar alcanzan \$3.57 billones, de los cuales 51.2% corresponde a cartera con más de 90 días de antigüedad. En el Régimen Contributivo el deterioro a junio de 2009 es evidente ya que el porcentaje de cartera con más de 90 días de vencida se incrementa en 15 puntos porcentuales; en el Régimen Subsidiado dicho porcentaje se incrementó en cerca de 8 puntos porcentuales en el mismo periodo;

Que la población del Régimen Subsidiado encuentra en la territorialidad del aseguramiento, una barrera que dificulta el acceso a los servicios de salud;

Que adicionalmente a todo lo anterior, algunos de los recursos disponibles para la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no se han podido incorporar oportunamente al flujo, en consideración a que resultan insuficientes los trámites y procedimientos legales previstos para su reconocimiento, y en algunos casos a la inexistencia de mecanismos expeditos para la solución de controversias entre los diferentes actores, agravando el problema de iliquidez de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud;

Que en el mismo sentido y de acuerdo con los informes de los organismos de control, se observa, de manera grave, que en algunos casos los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sector salud se han destinado a fines diferentes a los mismos;

Que los hechos descritos en el presente decreto desbordan la capacidad y los mecanismos preventivos, sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del sector salud necesarios para la protección eficaz del goce efectivo del derecho a la salud en todo el territorio

nacional, tal como lo ha señalado la Procuraduría General de la Nación en el informe "El Derecho a la Salud";

Que, finalmente, frente al referido aumento de los gastos, los ingresos del Sistema resultan insuficientes para la atención de la demanda de servicios y medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, a lo cual se agrega que el Sistema debe, prioritariamente, sostener los niveles de aseguramiento logrados, así como cumplir con la universalización de la cobertura y con el diseño de un plan de beneficios común a ambos regímenes que comprenda las prioridades básicas de salud, según lo ordenado por la Honorable Corte Constitucional;

Que de mantenerse la tendencia observada en el pasado reciente en el crecimiento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, en el Régimen Contributivo, se estima que en el primer semestre de 2010, los excedentes a los cuales ha tenido que recurrir el FOSYGA para atender dicha demanda, se agotarán;

Que de mantenerse las actuales condiciones, se identifica una elevada probabilidad de que se materialicen algunos de los siguientes riesgos: cierre de hospitales públicos, quiebra de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud, inviabilidad financiera de entidades territoriales, cesación de pagos al talento humano en salud y demás proveedores, así como la consecuente parálisis de la prestación de los servicios de salud, con lo cual se afectaría de manera grave el goce efectivo del derecho a la salud para todos los habitantes del territorio nacional;

Que por ende, el orden social del país se encuentra gravemente amenazado, toda vez que se ha deteriorado de manera rápida e inusitada la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por lo tanto, está en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y la universalización del aseguramiento, con mayores repercusiones sobre la población pobre y vulnerable;

Que siendo la salud una condición indispensable para la realización del derecho a la vida humana, la parálisis total o parcial en la prestación de los servicios de salud podría llevar a una situación de calamidad y catástrofe social con profundas implicaciones para el bienestar de todos los colombianos;

Que para conjurar la situación antes descrita así como la extensión de sus efectos se hace urgente adoptar medidas legales, extraordinarias e integrales, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para contrarrestar las causas que generan esta situación de crisis, así como de los factores que lo agudizan;

Que si bien la Ley 1122 de 2007 contiene una serie de avances en la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud tanto en la racionalidad de la definición de los planes de beneficios, la financiación, el flujo de recursos, la prestación de los servicios, la

protección de los afiliados y la inspección, vigilancia y control, las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma, han resultado insuficientes;

Que las medidas de carácter administrativo adoptadas por el Gobierno Nacional y otras autoridades en ejercicio de sus facultades ordinarias, se han revelado insuficientes para conjurar la crisis que atraviesa el sector salud, lo cual amenaza con perturbar grave e inminentemente el orden social;

Que con el ánimo de ayudar a enfrentar esta situación, el Gobierno Nacional y el Congreso de la República acordaron incorporar en el presupuesto del año 2010 cerca de \$300.000 millones y para el año 2009, se desplazaron \$53.000 millones. Estos recursos, de acuerdo con lo expresado por los Gobernadores, ayudan a aliviar la situación en el corto plazo, pero no son suficientes para resolver la situación;

Que para conjurar la situación descrita es indispensable adoptar medidas inmediatas tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso, condiciones, límites, fuentes de financiación y mecanismos para la prestación de servicios de salud y provisión de medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

Que, en medio de las críticas circunstancias descritas, se requiere crear las condiciones institucionales, financieras, fiscales y operativas para la unificación de los Planes Obligatorios de Salud en los regímenes Contributivo y Subsidiado, a través de un plan básico, sostenible y progresivo;

Que para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de toda la población, en especial la más pobre y/o vulnerable, se impone adoptar medidas inmediatas tendientes a procurar el acceso oportuno y efectivo a los servicios previstos en los planes de beneficios, las actividades de promoción y prevención, y la universalidad del aseguramiento;

Que se necesita crear instrumentos para lograr que el Sistema tenga mayor equidad y oportunidad en la distribución, asignación y flujo de los recursos tanto en el Régimen Contributivo como en el Subsidiado, así como más transparencia y eficiencia en la gestión de los mismos, de tal manera que se eviten o corrijan las fallas, demoras y desviaciones injustificadas en el uso de los recursos, además de crear unas reglas de priorización de destinación de los mismos y asegurar que su objetivo sea preservado hasta su utilización final;

Que es necesario adoptar medidas excepcionales para reasignar, redistribuir y racionalizar los recursos y las fuentes de financiación del Sistema o del sector salud, fortalecer los mecanismos de control a la evasión y elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector y crear nuevas fuentes, con el fin de evitar su inminente desfinanciación y garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud;

Que, de conformidad con lo anterior, es igualmente necesario optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos originados en la explotación de los monopolios de juegos de suerte y azar y licores, vinos y aperitivos, así como los provenientes de los cigarrillos y tabaco elaborado, las cervezas, sifones y refajos y, los de otras fuentes;

Que es imprescindible establecer un marco regulatorio, así como fortalecer la Comisión de Regulación en Salud, para que las decisiones que inciden en los contenidos de los Planes Obligatorios de Salud, y/o en el equilibrio financiero de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, se armonicen con los principios constitucionales que regulan el Sistema;

Que para asegurar que los recursos destinados a la salud estén dirigidos efectivamente a atender las prioridades definidas en el plan de beneficios, es necesario establecer criterios que conduzcan a que los médicos tratantes sigan los parámetros aceptados por la comunidad médica con el fin de que los servicios de salud beneficien a los usuarios dentro de criterios de racionalidad, costo-efectividad y evidencia técnico-científica, dentro de las condiciones medias de calidad y tecnología existentes en el país;

Que se necesita implementar medidas que permitan revisar y racionalizar la actuación de los diversos reguladores y agentes del Sistema, entre otros, de los médicos tratantes, los usuarios con y sin capacidad de pago, los empleadores, las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los diversos proveedores de bienes y servicios asociados a dicha prestación, en materia de ordenación, acceso, suministro y reconocimiento de servicios y medicamentos incluidos o no en los Planes Obligatorios de Salud, así como establecer medidas preventivas, de recuperación de recursos y punitivas para responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales;

Que es imprescindible adoptar medidas para que los recursos del Sistema que, por múltiples razones, no se han incorporado en su flujo, cumplan su finalidad constitucional, y las necesarias para la solución de las controversias presentadas entre los diferentes actores del Sistema;

Que es necesario adoptar las medidas tendientes a fortalecer los mecanismos de protección efectiva del derecho a la salud de las personas, así como robustecer las actividades de Inspección, Vigilancia y Control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del Sistema, (...)"

Como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia social, el Gobierno Nacional expidió, entre otros, el Decreto Legislativo 131 del 21 de enero de 2010, que creó el Sistema Científico en Salud, reguló la autonomía profesional y definió los aspectos del aseguramiento del POS.

El párrafo del artículo 48 del Decreto 131 a la letra dice:

“ARTÍCULO 48. AJUSTE DE RIESGO DE LA UPC. (...)

PARÁGRAFO. *De manera transitoria, previa revisión que se realice conjuntamente por los Ministerios de Protección y Hacienda, en aras de garantizar la prestación de servicios de salud de los afiliados a EPS que evidencian una desviación de siniestralidad sobre el promedio del sistema, por razón de concentración del riesgo en alguna patología de alto costo que no pueda ser cubierta por los esquemas ordinarios de financiamiento establecidos para el mismo, esto es la UPC y el mecanismo desarrollado a partir del artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, se podrá diseñar una metodología que permita definir el valor que deberá entregársele a la EPS para asegurar el equilibrio del financiamiento de dicha patología por los tiempos estrictamente necesarios y siempre teniendo en cuenta que esta concentración de siniestralidad es descendente en el tiempo.*

El valor se pagará con cargo a la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía del régimen al que pertenezca la EPS que presenta dicha desviación.

Como se puede ver, el Decreto Legislativo 131 autorizó a los Ministerios de Protección Social y Hacienda para crear una metodología que permitiera definir el valor a pagar a las EPS para asegurar el equilibrio de financiación del tratamiento de patologías de alto costo que estuvieran presentado el fenómeno denominado desviación de siniestralidad.

Sin embargo, tanto la norma que declaró la emergencia social como la que desarrolló la norma objeto de control fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional. En efecto, mediante sentencia C-252 del 16 de abril de 2010, la Corte Constitucional, en ejercicio del control automático de constitucionalidad, previsto en los artículos 214-6 y 241 de la C.P., declaró inexecutable el Decreto 4975 de 2009, pero difirió los efectos de la inexecutable respecto de las normas que establecieran fuentes tributarias de financiación.

Al igual, mediante sentencia C-289 del 21 de abril de 2010, se declaró inexecutable el Decreto Ley 131 de 2010, por consecuencia de la inexecutable del Decreto 4975 de 2009, que le servía de fundamento.

5. De la procedencia de realizar el presente control.

Vistos los antecedentes del acto administrativo objeto de control, corresponde a la Sala determinar si la inexecutable del decreto legislativo 131 de 2010, que fue objeto de reglamentación por parte del Decreto 861 de 2010, trajo como

consecuencia su pérdida de fuerza ejecutoria, por haber desaparecido los fundamentos de derecho que le sirvieron de base.

Lo primero que conviene precisar es que a la Corte Constitucional le corresponde determinar la naturaleza y alcance de los fallos que profiere, en ejercicio de su función de salvaguardar la integridad y supremacía constitucionales. Esto es, es la Corte la que debe determinar, en cada caso concreto, cuál es el alcance preciso de las decisiones que adopta tanto desde el ámbito material, como desde el espacial y el temporal.

Sin embargo, ocurre que, en muchas ocasiones, la Corte Constitucional nada dice sobre los alcances temporales de los fallos que emite. Y en esos casos debe, entonces, aplicarse la regla general de que los fallos dictados en materia de control constitucional, operan hacia el futuro, conforme lo dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996¹⁰.

También puede ocurrir que ante la declaratoria de inexecutable –de una ley, de un decreto legislativo- se produzca lo que se conoce como inexecutable sobreviniente o por consecuencia, es decir, que las normas que se expidieron con base en esa ley –o decreto legislativo, devienen también inconstitucionales y así deberá declararlo la misma Corte Constitucional.

Al igual, los decretos reglamentarios de una ley -o de un decreto legislativo- que se declara inexecutable han de entenderse insubsistentes, a partir de la ejecutoria de la sentencia que así lo decide, por decaimiento, pues con la inexecutable desaparecen los fundamentos de derecho que le servían de sustento, conforme lo dispone el artículo 66-2 del Código Contencioso Administrativo¹¹.

En el caso examinado, como ya se dijo, el Decreto 131 de 2010, reglamentado por el acto objeto de la presente providencia, desapareció del ordenamiento jurídico,

¹⁰ **ARTÍCULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.** Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.

¹¹ **ARTÍCULO 66.-** Salvo norma expresa en contrario los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

(...)

en virtud de la declaratoria de inexecuibilidad antes reseñada, inexecuibilidad que, a su turno, devino por la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 4975 de 2009, que había declarado el estado de emergencia social.

El hecho es que, las sentencias C-256 de abril de 2010 y C-289 del 21 de abril de 2010 fueron divulgadas en los comunicados de prensa del 20 y 21 de abril de 2010.

Cabe precisar que, según lo establecido en los artículos 56 y 64 de la Ley 270 de 1996, las sentencias de constitucionalidad surten efectos desde el día siguiente a que se expidan, siempre y cuando se hayan divulgado por los medios ordinarios de comunicación, como lo son los comunicados de prensa publicados en la página web www.corteconstitucional.gov.co.¹²

Significa lo anterior, que el Decreto 861 de 2010 perdió fuerza ejecutoria en virtud de la declaratoria de inexecuibilidad de la norma que reglamentaba (Decreto 131 de 2010). No obstante, la Sala Plena¹³ ha precisado que la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo no la releva de ejercer el control de legalidad, pues éste procede por los efectos que produjo o que pudo producir el acto administrativo antes de que sobreviniera el decaimiento, tal como se explicó al inicio de las consideraciones.

6. Cumplimiento de los requisitos de forma

En el *sub lite*, el decreto examinado está suscrito por el Presidente y por los Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, toda vez que se

¹² Así lo aceptó la propia Corte Constitucional en la sentencia C-973 de 2004: “[...] si bien **la comunicación o divulgación oficial de las providencias** prevista en el artículo 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, no constituye un mecanismo formal de notificación de las decisiones judiciales, **sí se convierte en una herramienta idónea para informar a la comunidad jurídica acerca del contenido de los fallos proferidos por esta Corporación.** [...]”

Por consiguiente, siempre que no se haya modulado el efecto de un fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente al que se adoptó la decisión sobre la exequibilidad o no de la norma objeto de control, **bajo la condición de haber sido divulgada a través de los medios ordinarios reconocidos por esta Corporación.** Se entiende que es a partir del “día siguiente”, pues la fecha en que se profiere la decisión, el expediente se encuentra al despacho y, por lo mismo, dicho fallo no puede aún producir efecto alguno.”

¹³ Ver, entre otras, las sentencias dictadas por la Sala Plena, en las siguientes fechas y dentro de los siguientes expedientes: del 13 de mayo de 1997, expediente N° CA-0004; de 16 de junio de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00108-00(CA); de 11 de agosto de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00304-00(CA); del veintidós (22) de febrero de dos mil once (2011), Exp. 11001-03-15-000-2010-00452-00(CA); del treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), Exp. 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA); del doce (12) de abril de dos mil once (2011), Exp. 11001-03-15-000-2010-00170-00(CA); del ocho (8) de febrero de dos mil once (2011), Exp. 11001-03-15-000-2010-00169-00(CA).

refiere a la metodología para el ajuste de siniestralidad sobre el promedio del Sistema General de Seguridad Social en Salud en la Enfermedad Renal Crónica.

Se trata, pues, de un tema relacionado con el sector salud y que, sin duda, tiene incidencia también en el fisco nacional.

Adicionalmente, se advierte que el decreto examinado tiene elementos suficientes que permiten su identificación, como el número, la fecha, la identificación de las facultades que permiten su expedición, las consideraciones, el articulado y la firma de quienes lo suscriben.

Lo anterior permite concluir que el acto sometido a control cumple a cabalidad con los requisitos de forma, que si bien no son sustanciales deben ser cumplidos por la autoridad que profiere el acto administrativo.

7. Cumplimiento de los requisitos de fondo.

7.1. Cuestión preliminar. De la materia reglamentada en el Decreto 861 de 2010.

Previo a analizar el cumplimiento de los requisitos de fondo, es menester referirse a las normas enunciadas en el acto objeto de control¹⁴ para efectos de precisar lo que dispuso el Decreto 861 de 2010, todo con el ánimo de ilustrar de mejor manera la decisión que anticipa la Sala, en el sentido de declarar ajustado a derecho el citado Decreto.

El Decreto 861 de 2010 pone de presente que la Ley 100 de 1993 previó la UPC como mecanismo básico de financiación de las coberturas en salud definidas a cargo de las EPS bajo el esquema de aseguramiento obligatorio.

Conforme con dicha Ley, para el financiamiento de los servicios y de los medicamentos que cubre el POS, sea en el régimen contributivo o en el subsidiado, se reconoce a las EPS una prima de aseguramiento denominada Unidad de Pago por Capitación -UPC, cuya finalidad principal es contribuir con el financiamiento del sistema de salud.

¹⁴ Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, Decreto 2699 de 2007, modificado parcialmente por el Decreto 3511 de 2009, y la Resolución 3413 de 2009, modificada por la Resolución 4917 del mismo año.

En vista de que ese mecanismo de financiación no resultó suficiente, según el propio decreto, el Decreto 861 de 2010 explica que la Ley 1122 de 2007 autorizó al Gobierno Nacional para determinar un mecanismo adicional de financiación pero para las patologías de alto costo, que permitiera ajustar la desviación del riesgo.

En efecto, el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007 dispuso que *“Para la atención de las enfermedades de alto costo las EPS contratarán el reaseguro o responderán directa o colectivamente por dicho riesgo, de conformidad con la reglamentación que sobre la materia expida el Gobierno Nacional.”*

El artículo 25-b) de la Ley 1127 de 2007, a su vez, precisó que al Ministerio de la Protección Social le corresponde definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa y selección de riesgo de los usuarios por parte de las EPS y de los entes territoriales, para evitar la distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo. En otras palabras, la ley autorizó adoptar medidas para evitar las distorsiones que se podrían generar por la concentración en la demanda de servicios en determinadas EPS.

En desarrollo, entre otros, de los mentados artículos, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2699 de 2007¹⁵, cuyo artículo 1º creó la denominada *“cuenta de alto costo.”*

Esta cuenta es “un Fondo Inter-EPS autogestionado, que estabiliza el sistema de salud, garantizando la operación real de la solidaridad y desestimulando la selección y discriminación de la población mediante un ajuste de riesgo de la prima básica en función de los casos de alto costo, es un Organismo Técnico no gubernamental del SGSSS que constituye un “Frente Común” para el abordaje del Alto Costo como fenómeno de gran impacto en el país, mediante articulación de Sociedades Científicas, Instituciones Prestadoras, Asociaciones de pacientes y Aseguradoras, que promueve la gestión de riesgos en EPS e IPS mediante pedagogía, difusión de experiencias exitosas, instrumentación y la creación de referentes técnicos, para disminuir la tendencia de nuevos casos de alto costo y

¹⁵ También citado en el Decreto 861 de 2010

*procurar la calidad técnico-científica en el manejo de los casos existentes con el fin de disminuir los eventos evitables derivados.*¹⁶

Por eso, los artículos 1º y 2º del Decreto 2699 de 2007 previeron que la “cuenta de alto costo” sea administrada por las EPS, EPS-S y EOC.

De otra parte, el artículo 4º del Decreto 2699 de 2007, modificado por el artículo 1º del Decreto 3511 de 2009, y adicionado por el Decreto 1186 de 2010, reguló el monto de recursos que les corresponde girar a cada una de las EPS, EPS-S y EOC y que nutren la cuenta de alto costo, así como el monto mensual que tienen derecho a recibir cada una de estas, una vez hecha la distribución. La distribución de tales recursos resulta de aplicar el mecanismo de distribución que establecen, por resolución, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, para cada tipo de enfermedad de alto costo, entre otras. Así lo dispuso el artículo 4º:

“ARTÍCULO 4o. MONTO DE RECURSOS Y MECANISMOS DE DISTRIBUCIÓN. El monto de recursos que corresponda girar a cada Entidad Promotora de Salud tanto del Régimen Contributivo -EPS, como del Régimen Subsidiado -EPS-S, y a las demás entidades obligadas a compensar, EOC, y el monto mensual que le corresponda a cada una en la distribución será el que resulte de aplicar el mecanismo de distribución que se establezca **a través de resolución conjunta, expedida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social**, para cada tipo de enfermedad de alto costo y de actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con las enfermedades de alto costo que se seleccionen. Para el efecto, se podrán tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- a) Tasas de Prevalencia de cada una de las Enfermedades de Alto Costo y/o de Interés en Salud Pública Individual en cada EPS, EPS-S y EOC.
- b) Tasas de Incidencia de cada una de las Enfermedades de Alto Costo y/o de Interés en Salud Pública Individual en cada EPS, EPS-S y EOC.
- c) Costo de la atención de cada una de las Enfermedades de Alto Costo y/o de Interés en Salud Pública.
- d) Población en cada EPS, EPS-S y EOC.

La periodicidad, la forma y el contenido de la información que deben reportar cada una de las entidades obligadas a girar recursos a la Cuenta de Alto Costo, EPS, EPS-S y EOC, será definida por el Ministerio de la Protección Social.

¹⁶ <http://www.cuentadealtocosto.org>

PARÁGRAFO. Las EPS o EOC a las cuales se distribuyan recursos desde la Cuenta de Alto Costo podrán determinar los montos a su favor que se girarán a terceros con los cuales tengan una relación contractual, crediticia o bajo cualquier otro título legalmente válido que le haya servido en la financiación de obligaciones.” (negrilla fuera de texto)

Para los efectos de lo ordenado en el artículo 4º, los Ministros de Protección Social y Hacienda y Crédito Público expidieron la Resolución Conjunta N° 3413 de 2009¹⁷ “*Por la cual se fijan los mecanismos de cálculo que definen los montos de giro y distribución de los recursos de la cuenta de alto costo para las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado, y Entidades Obligadas a Compensar, en el caso de la Terapia de Reemplazo Renal por Enfermedad Crónica, ERC.*” Esta Resolución fue modificada posteriormente por la Resolución 4917 de 2009.¹⁸

Ahora bien, el Decreto Legislativo 131 de 2010, en el artículo 48, dictó pautas para “profundizar” los mecanismos de ajuste de riesgo de la UPC, y para el efecto, precisó que se debían mantener las actuales variables de ajuste como edad, sexo y localización geográfica. Así mismo, dijo que se “trascendería” en la inclusión de otras variables determinantes del gasto en salud, tales como el estado de salud de los afiliados.

De manera transitoria, el párrafo previó lo siguiente:

(...) PARÁGRAFO. De manera transitoria, previa revisión que se realice conjuntamente por los Ministerios de Protección y Hacienda, en aras de garantizar la prestación de servicios de salud de los afiliados a EPS **que evidencian una desviación de siniestralidad sobre el promedio del sistema, por razón de concentración del riesgo en alguna patología de alto costo que no pueda ser cubierta por los esquemas ordinarios de financiamiento establecidos para el mismo, esto es la UPC y el mecanismo desarrollado a partir del artículo 19 de la Ley 1122 de 2007,**

¹⁷ En el artículo 1º de la Resolución 3413 de 2009 se precisó que el objeto de su expedición consistía en establecer los mecanismos de cálculo que debían aplicar las EPS, EPS-S y EOC para definir los montos mensuales de giro y distribución de los recursos de la subcuenta de enfermedades ruinosas y catastróficas, que la cuenta de alto costo administrará financieramente de conformidad con lo establecido en la Resolución 2565 de 2007 del Ministerio de la Protección Social.

El artículo 2º precisó la información y la periodicidad con que se debe utilizar esa información para hacer el respectivo cálculo.

El artículo 3º precisó la fuente de información para la población.

El artículo 4 clasificó los grupos etarios en años cumplidos a usar.

El artículo 5º precisó ciertas definiciones a tener en cuenta para el manejo de la información a que alude el artículo 2º

El artículo 6º estableció el mecanismo de cálculo para definir los montos de los giros a la cuenta de alto costo por cada una de las EPS, EPS-S y EOC y los montos mensuales de distribución desde la cuenta de alto costo hacia cada una de las EPS, EPS-S y EOC.

¹⁸ Modificó los artículos 5º y 6º (numerales 3y 4). El artículo 3º reguló el régimen de vigencia de la modificación.

se podrá diseñar una metodología que permita definir el valor que deberá entregársele a la EPS para asegurar el equilibrio del financiamiento de dicha patología por los tiempos estrictamente necesarios y siempre teniendo en cuenta que esta concentración de siniestralidad es descendente en el tiempo.

El valor se pagará con cargo a la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía del régimen al que pertenezca la EPS que presenta dicha desviación.”

Dado que las normas citadas tratan de la “desviación del riesgo y la siniestralidad”, es menester precisar el alcance de tales vocablos.

Técnicamente se entiende por Siniestralidad “(...) el conjunto de eventos presentados y objeto de cobertura por un seguro. Se diferencia del concepto de "riesgo", pues mientras el primero expresa una certeza el segundo se relaciona con la probabilidad de ocurrencia de un evento.

La siniestralidad es resultado de tres variables: la frecuencia de uso, la razón de uso y los costos promedio de atención de un evento. La razón de uso corresponde al número de atenciones ocasionadas por el manejo de una patología, en un periodo de tiempo dado con relación a una población de referencia y la frecuencia de uso establece el promedio de demanda de un servicio por una persona en un periodo de tiempo determinado.”¹⁹

Entonces, precisado lo que significa “siniestralidad” y “riesgo”, es claro que el párrafo transitorio del artículo 48 del Decreto Legislativo 131 de 2010 definió una medida necesaria para evitar la distribución inequitativa de los costos de la atención de las patologías de alto costo, entre estas, la Enfermedad Renal Crónica. Y para evitar esa siniestralidad, el Decreto permitió crear una metodología que posibilitara calcular la desviación del riesgo, en aras de cubrir la siniestralidad, de llegarse a presentar

De manera que, cuando se evidencie que la atención de las patologías de alto costo se concentren en ciertas EPS, más que en otras, al punto que asumen mayores costos que no se pueden retribuir de manera equitativa mediante los mecanismos ordinarios de financiamiento establecidos para el efecto, como son la

¹⁹ “Análisis del comportamiento de la siniestralidad por enfermedades catastróficas en una Empresa Promotora de Salud-Colombia.” Luis Eduardo Nieto Enciso. http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0124-00642005000300005

UPC y el contrato de reaseguro previsto en el artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, el Gobierno Nacional podía adoptar una metodología que permita definir los montos a reconocer a tales EPS, en procura de asegurar el equilibrio del financiamiento del tratamiento de la patología por los tiempos estrictamente necesarios.

Por lo anterior, el inciso final del párrafo transitorio del artículo 48 del Decreto Legislativo 131 de 2010 dispuso que los montos a reconocer se pagarían por el FOSYGA *“con cargo a la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía del régimen al que pertenezca la EPS que presenta dicha desviación.”*

Ahora bien, el Ministerio de la Protección Social, en desarrollo del Decreto 2699 de 2007, expidió la Resolución 2565 del 27 de julio de 2007²⁰ en la que definió como de alto costo la Enfermedad Renal Crónica -ERC en fase cinco con necesidad de terapia de sustitución o reemplazo renal. Dicha resolución definió la ERC como el *“daño renal por más de tres meses, consistente en la alteración funcional o estructural del riñón, con o sin disminución de la tasa de filtración glomerular (TFG) manifestada por: marcadores de daño renal (anomalías en la composición de la sangre o la orina, o de los exámenes con imágenes) o una TFG <60mL/min/1.73 m2 de superficie corporal, con o sin daño renal”*.

El Decreto 861 de 2010, según se lee en los considerandos, se expidió porque se evidenció una desviación de siniestralidad en la patología de Enfermedad Renal Crónica (ERC) superior a la del promedio del Sistema en unas EPS. Por eso, en aras de garantizar la atención de la patología, en el artículo 1° se dispuso utilizar transitoriamente la misma metodología prevista para calcular la desviación de riesgo de la Cuenta de Alto costo, metodología que, como se vio, está prevista en el Decreto 2699 de 2007, modificado por el Decreto 3511 de 2009, y en la Resolución 3413 de 2009, modificada por la Resolución 4917 de 2009.

En el mismo orden de ideas, el artículo 2° del Decreto 861 de 2010 reguló que *“los montos a reconocer serán establecidos a partir de los determinados por la Resolución 4917 de 2009...”*.

²⁰ *“Por la cual se adoptan unas determinaciones en relación con la cuenta de alto costo.”*

Y el artículo 3º de ese decreto precisó que el giro de los recursos determinados lo haría el Fosyga, como ya lo había previsto en inciso final del artículo 48 del Decreto Legislativo 131 de 2010.

Entonces, el Decreto 861 de 2010, por una parte, se limitó a remitir a la aplicación de ciertas normas expedidas, incluso con anterioridad a los decretos de emergencia social, normas que no son objeto del presente control, puesto que, para el efecto, están previstas las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho. Y, de otra parte, el Decreto 861 de 2010 se limitó a repetir lo que dispuso el inciso final del párrafo transitorio del artículo 48 del Decreto Legislativo 131 de 2010, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional como consecuencia de haber sido declarado inexecutable el Decreto 4975 de 2009, según sentencia C-289 de 2010.

7.2. De la competencia para proferir el acto objeto de control

El Decreto 861 de 2010 fue expedido por el Presidente de la República, tanto en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189-11 de la Constitución Política, como en ejercicio de la potestad dada por el Decreto Legislativo 131 de 2010. Es un Decreto general propio del régimen de los estados de excepción. Además, por la materia que desarrolla dicho decreto debía llevar la firma de los Ministros de la Protección Social²¹ y de Hacienda y Crédito Público, por cuanto definía la metodología para el ajuste de siniestralidad sobre el promedio del Sistema General de Seguridad Social en Salud en la Enfermedad Renal Crónica -ERC.

Igualmente, de conformidad con el literal 25 de la Ley 1122 de 2007, al Ministerio de la Protección Social le corresponde definir *“las medidas necesarias para evitar la selección adversa y selección de riesgo de los usuarios por parte de las EPS y de los entes territoriales, para evitar la distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.”*

²¹ Al Ministerio de la Protección Social, de conformidad con el numeral 22 del Decreto 205 de 2003²¹, le corresponde velar *“por la viabilidad, estabilidad y equilibrio financiero de los Sistemas de Protección Social y Seguridad Social Integral y los demás sistemas asignados al Ministerio de la Protección Social y, gestionar los recursos disponibles para mejorar y hacer más eficiente su asignación”*.

Demuestra lo anterior que el acto fue expedido por la autoridad pública investida de competencia y, por ende, se encuentra cumplido el requisito.

7.3. De la publicación del acto administrativo

De conformidad con los artículos 119 de la Ley 489 de 1998²² y 43 del Código Contencioso Administrativo²³ los actos administrativos de contenido general y abstracto son obligatorios siempre y cuando se hayan publicado en el Diario Oficial.

En el caso particular, el Decreto 861 de 2010 fue publicado el 16 de marzo de 2010 en el Diario Oficial 47.653, lo que significa que se cumplió con el requisito de publicación, necesario para efectos de vigencia y oponibilidad de los actos administrativo de carácter general y abstracto.

7.4. De la conformidad del Decreto 861 de 2010 con el Decreto 4975 de 2009, el Decreto 131 de 2010 y con las normas citadas como antecedente para su expedición.

Para la Sala es evidente que existe relación de conexidad entre el Decreto 861 de 2010, objeto del presente control, y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia social.

En efecto, en el Decreto 4975 de 2009, que declaró la emergencia social, la razón principal para declararla fue la insostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que ponía en grave riesgo no sólo la continuidad en la prestación del servicio de salud, sino el goce efectivo del derecho a la vida.

²² **ARTÍCULO 119. PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL.** A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:

- a) Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;
- b) Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;
- c) Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.

PARÁGRAFO. Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad.

²³ **ARTICULO 43. DEBER Y FORMA DE PUBLICACIÓN.** Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.
(...)

Una de las razones que generó esa insostenibilidad financiera fue el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos, máxime cuando se trata de patologías denominadas de alto costo, según el Decreto que declaró el estado de excepción. Por eso, el Decreto Legislativo 131 de 2010 se expidió con el fin de adoptar medidas extraordinarias tendientes a regular la forma de acceso, la definición de criterios, la institucionalidad, las condiciones y los límites para la prestación de servicios de salud y para la provisión de medicamentos, a efectos de racionalizar el acceso a los servicios de salud y garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular.(Considerando final del Decreto 131 de 2010)

El Decreto Legislativo 131 de 2010, como se precisó, en el artículo 48 también previó medidas transitorias para asegurar el equilibrio del financiamiento de las patologías de alto costo. Y el Decreto 861 de 2010 partió del hecho de que las carteras de Protección Social y Hacienda advirtieron una desviación de siniestralidad en la patología de Enfermedad Renal Crónica (ERC) superior a la del promedio del Sistema en unas EPS, es decir, tales carteras advirtieron que ocurrió el siniestro y que, por ende, los costos que se derivaron de esa siniestralidad fueron superiores a los costos promedio del sistema y, por eso, en aras de garantizar la prestación de los servicios de salud, remitió a la metodología para calcular la desviación de riesgo de la cuenta de alto costo.

En principio, habida cuenta de que la metodología a la que remite el Decreto 861 de 2010 se estableció para asegurar el equilibrio financiero de las EPS, se podría afirmar que la misma finalidad va a cumplir si se aplica para asegurar el equilibrio del financiamiento de cierta patología, como la de la enfermedad renal crónica. En esa medida, el Decreto garantiza el derecho a la salud en los términos del artículo 49 de la Carta Política²⁴.

En efecto, la Corte Constitucional ha dicho que para garantizar ese derecho “*al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP), cumplir las siguientes obligaciones: (i) organizar, (ii) dirigir y (iii) regular la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su vigilancia y (vi) control; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema;*

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema.”

Sin embargo, la Sala Plena aclara que como el Decreto 861 de 2010 se limita a remitir a esa metodología, el presente control de legalidad no abarca el análisis de legalidad de la citada metodología prevista, en concreto, en la Resolución 3413 de 2009, modificada parcialmente por la Resolución 4917 de 2009, puesto que, como se precisó anteriormente, estas normas están sujetas a los controles ordinarios derivados de la acción pública de nulidad simple.

De otro lado, aprecia la Sala que el Decreto 861 de 2010 también está conforme con el artículo 48 de la Carta Política, puesto que, ante la evidencia de que se presentó la desviación de siniestralidad en la patología de Enfermedad Renal Crónica (ERC) y que los mecanismos vigentes de financiación, esto es, la UPC, el reaseguro y la misma cuenta de alto costo no resultaron suficientes, no se advierte contrario a la constitución que se haya dispuesto que, de manera transitoria y por los tiempos estrictamente necesarios, los montos a reconocer a las EPS se harían con cargo al Fosyga.²⁵

La Corte Constitucional ha precisado que *“cuando la Constitución Política protege de especial manera los recursos de la salud, ordenando que estos son de destinación específica (artículo 48 de la Constitución), no sólo evita que los recursos se destinen a otras finalidades, sino que establece una garantía positiva de que los recursos efectivamente se utilizarán en la prestación de los servicios que se requieran para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud.”*²⁶

Ahora bien, el representante del Ministerio Público pidió que se declarara la nulidad del Decreto 861 de 2010, precisamente porque la medida analizada se adoptó con carácter transitorio. A su juicio, la medida debió adoptarse con carácter permanente.

²⁵ Mediante sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional, refiriéndose al mecanismo de recobro ante el Fosyga precisó que“(…) las entidades promotoras de salud, EPS, tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC)”, precisamente “Para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el sistema(…)”

²⁶ idem

En contra de lo afirmado por el Ministerio Público, la Sala considera que el Decreto 861 de 2010 no puede declararse nulo por el hecho de haber adoptado una medida con carácter transitorio, puesto que, como se precisó, la medida se justifica por la ocurrencia de un hecho cumplido, como es la ocurrencia del siniestro, hecho que es el que el Gobierno debe evitar con las metodologías que precisamente ha adoptado de manera ordinaria para precaver la desviación de riesgo. Para la Sala, las medidas preventivas son las que, en realidad, garantizan que haya un equilibrio en el sistema. Es decir, el decreto examinado sólo buscaba conjurar el hecho consumado que se traducía en la desviación del riesgo de la enfermedad renal crónica. Además, fue el parágrafo del artículo 48 del Decreto legislativo 131 de 2010, norma a la que se supeditaba el Decreto 861, el que dijo que la medida sería transitoria.

De otra parte, las medidas adoptadas en el Decreto 861 de 2010 procuraban, además, garantizar el derecho que tienen las personas de escoger la entidad encargada prestar los servicios de salud²⁷. Esta libertad de escogencia puede ser uno de los factores que inciden en la desviación de siniestralidad, pero, precisamente, para no sacrificar este derecho se hacía necesario adoptar metodologías que permitieran calcular la desviación de siniestralidad en la patología de la Enfermedad Crónica Renal (ERC).

Por consiguiente, el Decreto 861 de 2010 no contrarió los fines por los cuales fue decretado el estado de emergencia social mediante el Decreto 4975 de 2009. Así como tampoco contrarió el parágrafo del artículo 48 del Decreto Legislativo 131 de 2010 y las normas consideradas por la Sala en esta sentencia.

En mérito a lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

²⁷ Idem“(…) uno de los principios del servicio público en salud es el de la ‘libre escogencia’ (art. 153, Ley 100 de 1993), en virtud del cual, 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’.

RESUELVE:

DECLÁRASE ajustado a derecho mientras surtió efectos el Decreto 861 del 16 de marzo de 2010 expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, Publíquese, Comuníquese y Archívese.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

Presidente

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO
ARDILA
AUSENTE CON EXCUSA**

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA
AUSENTE CON EXCUSA**

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
SALVAMENTO**

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

**ENRIQUE GIL BOTERO
ACLARO VOTO**

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

**CARMEN TERESA ORTIZ DE
RODRÍGUEZ**

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
AUSENTE CON EXCUSA

DANILO ROJAS BETANCOURTH
SALVO VOTO

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
ACLARO VOTO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA
SALVAMENTO DE VOTO

WILLIAM GIRALDO GIRALDO
AUSENTE CON EXCUSA

MAURICIO TORRES CUERVO

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
AUSENTE CON EXCUSA

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
AUSENTE CON EXCUSA

ALBERTO YEPES BARREIRO

ALFONSO VARGAS RINCÓN
AUSENTE CON EXCUSA

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA