

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil quince 2015

Radicación núm.: 11001 0325 000 2010 00435 00

Actor: Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez

Demandado: Ministerio de la Protección Social

Procede la Sala a decidir en única instancia la demanda de nulidad interpuesta por la ciudadana Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez, contra los numerales 2 y 4 del artículo segundo del Decreto 2729 del 29 de julio de 2010 expedido por el Ministerio de la Protección Social. (En adelante la Sala se referirá a éste Ministerio según su nueva denominación de Ministerio de Salud).

I.- COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984 aplicable al presente proceso) y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia:

II.- LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la señora Blanca Cecilia Sarmiento de Ramírez solicitó a la Corporación que acceda a las siguientes,

2.1. Pretensiones:

“Solicito al Honorable Consejo de Estado declarar la nulidad de los numerales 2 y 4 del artículo 2º del decreto 2729 de 2010 por el cual se establece un procedimiento para la presentación de una declaración de giro y compensación excepcional, expedido por el Ministerio de la Protección Social publicado en el Diario Oficial No. 47785 del 29 de julio de 2010.”¹

2.2.- Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora señala como violados los artículos 48, 49 y 209 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 2, 154 y 215 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2º del Decreto 205 de 2003.

Al explicar el concepto de la violación de las normas que se acaban de enunciar, el demandante concreta sus objeciones en los siguientes términos:

1 Folio 33 de este Cuaderno.

Primer Cargo: Desfinanciación del Sistema de Seguridad Social en Salud

a.- Después de aludir al desarrollo normativo del sistema de salud colombiano se detuvo en el análisis de los procesos de compensación definiéndolo como el procedimiento mediante el cual de las cotizaciones recaudadas por cada Entidad Promotora de Salud (en adelante EPS) se descuentan los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (en adelante UPC) que el sistema le reconoce mediante el giro o cobro de la diferencia.

En ese proceso las EPS no pueden disponer de los recursos de las cotizaciones hasta tanto se verifique la compensación, razón por la cual deben tener cuentas corrientes destinadas exclusivamente al recaudo de dichos valores. Estos valores sólo pueden ser trasladados a otras cuentas de libre disposición cuando se efectúe la compensación en la cual se incluya la distribución de tales recursos.

El período de compensación es mensual y por lo tanto las cifras que se manejen en las declaraciones de giro y compensación serán siempre referidas a un mismo mes calendario. No obstante, dadas las dificultades de tipo operativo para el cruce de las bases de datos que dificultan dicho proceso, el Gobierno Nacional ha venido expidiendo normas por las cuales se permite la presentación de una declaración de

giro y compensación excepcional respecto de los recaudos por cotizaciones de la totalidad de los períodos que no hubieran podido ser compensados.

b.- Una de esas normas es la que se censura en este proceso, en la que se establece que el FOSYGA no compensará suma alguna por concepto de UPC, licencias de maternidad y paternidad, incapacidad por enfermedad general o por ningún otro concepto, por los periodos que se cierran con posterioridad a la solicitud de compensación excepcional. La norma también dice que no podrá reclamar suma alguna en la declaración de giro o compensación excepcional por los periodos en los cuales no se hubiera girado al FOSYGA saldos no conciliados o no compensados o por registros glosados correspondientes a un periodo determinado.

La razón para impugnar el mencionado acto administrativo es que su vigencia imposibilita que las EPS con posterioridad a la solicitud de compensación excepcional reclamen sumas por los periodos que se cierran, y exige que el Representante Legal suscriba la declaración bajo el entendido que los efectos corresponden a lo señalado en el artículo 2469 y siguientes del Código Civil.

Aseguró que la disposición impugnada:

“Autoriza al FOSYGA a incumplir su deber de reconocer las

UPC de los periodos que aun cuando fueran presentado en la declaración de compensación excepcional, no pueden ser compensados.

Atenta contra el correcto flujo de recursos dentro del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social, al permitir que algunos recursos de la UPC no lleguen a su destinatario final.

Atenta contra el principio de destinación específica de la UPC, pues al permitir que algunos recursos no lleguen efectivamente a las EPS, tales recursos son utilizados para fines diferentes a la financiación del POS.

Atenta contra la sostenibilidad financiera del régimen contributivo de salud, por cuanto el flujo de recursos y la financiación de los servicios a los pacientes, depende de la gestión efectiva de cada uno de los actores, entre los que se cuenta el FOSYGA.

Contraría injustificadamente los artículos 48 y 49 constitucionales, al permitir al FOSYGA despojarse sin consecuencias de su obligación de girar en todos los casos a las EPS los recursos de la UPC, y por lo tanto legaliza su ineficiencia.

Al no permitir reclamo alguno con posterioridad a la declaración excepcional de compensación, y al dar a a misma los efectos transaccionales del artículo 2469 del Código Civil, crea una situación de desfinanciamiento del sistema de salud.

Crea una relación de desequilibrio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud pues altera las cargas de las EPS.

El Ministerio de Protección Social incumple, con la expedición de la norma, una de sus funciones principales, cual es “Velar por el equilibrio financiero del Sistema de Protección Social, y gestionar los recursos disponibles para hacer más eficiente su asignación.”²

2 Folio 27 ibídem.

Para la demandante la Circular enjuiciada atenta contra el equilibrio de las entidades que de buena fe han contratado con el Estado, y contra el equilibrio del sistema de salud.

Segundo cargo: Violación del Principio de Buena Fe y Equilibrio Contractual

Adujo que la norma acusada antes que propender por garantizar la eficiencia en el manejo de los recursos y el equilibrio financiero del sistema, como principios consagrados en la Constitución, los restringe injustificadamente, excluyendo que las EPS aspiren a obtener una legítima ganancia por la prestación del servicio.

III.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Ministerio de Salud allegó escrito de contestación arguyendo que el Decreto 2729 de 2010 se había expedido para facilitar el flujo de recursos de las EPS o EOC al simplificar para unos periodos determinados el proceso normal de giro y compensación, flujo que se vio afectado por dificultades originadas en deficiencias de información suministrada por tales entidades y que el proceso de compensación señalado en el Decreto 2280 de 2004, a cargo de esas entidades no se llevaba a cabo.

Señaló que las reglas para la aplicación del proceso excepcional estaban planteadas en el acto censurado y en al Circular No. 01 de 2010 suscrito por los Ministerio de Salud y Hacienda y Crédito Público, en donde quedó claro que la posibilidad de acogerse al proceso excepcional era discrecional de las EPS, y que cuando aceptaban someterse a ese proceso debían obedecer las condiciones que allí se plasmaron, dentro de las cuales se definía la fecha de cierre de períodos, los porcentajes de la cotización a apropiar y los valores que se descontarían.

Afirmó que los cálculos se pusieron a disposición de las citadas entidades para su revisión y análisis de manera previa a que manifestaran si hacían parte del mencionado proceso, y que una vez aceptado el FOSYGA procedió a girar los valores a favor de las EPS que tenían derecho a ello.

Precisó que el proceso excepcional involucró además de los recursos de la cotización girados al FOSYGA como saldos no compensados, los recursos girados al FOSYGA por las EPS por registros glosados. Con ese proceso se cerraban los periodos compensados de enero de 2007 a diciembre de 2008, no pudiendo las EPS o EOC que se acogieran, efectuar reclamaciones posteriores por los periodos cerrados, por cuanto estos ya habían sido reconocidos en el proceso excepcional.

Contrario a lo que expresó la demandante, para el Ministerio de Salud la expedición del Decreto acusado genera seguridad jurídica, pues lo que sí podría resultar ilegales que después de aplicada la norma y aceptadas unas condiciones, las EPS y EOC presentaran reclamaciones sobre dineros ya apropiados, habiendo tenido la opción de no aceptarlo y continuar con los procedimientos ordinarios señalados en el Decreto 2280 de 2004.

Reiteró que no se trata de incumplimiento de los deberes legales que le asisten al FOSYGA sino de atender las normas sobre el manejo de los recursos de salud, de modo que no se giren dineros indiscriminadamente sino que se haga con base en datos reales sobre los recursos recaudados por concepto de cotizaciones y sobre el valor de las UPC de acuerdo a la clasificación de los usuarios.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1.- El apoderado del Ministerio de Salud reiteró en ésta etapa los argumentos expuestos en el escrito de contestación.

4.2.- El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino como tercero impugnante defendiendo la legalidad de la decisión acusada, explicando detalladamente la razón del proceso de compensación excepcional: afirmó que los recursos objeto de ese proceso se encontraba en su momento “congelados” desde, por lo menos, dos (2) años antes de la expedición del acto acusado, clasificados en los estados financieros del FOSYGA como “Saldos No

Compensados” (en adelante SNC) y “Registros Glosados” (en adelante RG) correspondientes a los periodos 2007 y 2008.

Se trataba de recursos que según lo dispuesto en el proceso ordinario de compensación previsto en el Decreto 2280 de 2004 debían permanecer en el citado fondo hasta que las EPS presentaran la compensación o aclaración de la razón que impidió el reconocimiento de las UPC.

Los SNC son recursos provenientes de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo de salud que no pudieron ser compensados dentro del mes siguiente al recibo de las cotizaciones y que según el artículo 7º del Decreto 2280 de 2004, las EPS debían girar al FOSYGA. Por su parte, los RG son recursos de cotización presentados en el proceso de compensación ordinario glosados por el FOSYGA, recursos que se deberán girar al fondo una vez finalizado el proceso de compensación.

Tanto los SNC como los RG responden a problemas en los sistemas de información como por ejemplo el cambio de documentos de identidad que al ser cruzados con la información de la Registraduría Nacional del Estado Civil que no coinciden, o inconvenientes relacionados con el recaudo de los aportes, etc.

Estos problemas impiden que se realice el proceso de compensación ordinario hasta tanto las EPS no solucionen ese tipo de inconsistencias, y generan entorpecimiento en el flujo de los dineros destinados a financiar el sistema.

Una vez se realiza el proceso de compensación las EPS pueden disponer de los recursos objeto de dicho proceso a través de las UPC que financian el POS.

En caso de que el proceso de compensación resulte superavitario para el FOSYGA, le posibilita pagar las prestaciones que no están incluidas en el POS del Régimen Contributivo.

Cuando no es posible realizar este proceso por las razones de información que se reseñaron, el recaudo de las cotizaciones se acumula en el FOSYGA por concepto de SNC y RG, caso en el cual ni las EPS ni el Fondo pueden hacer uso de dichas sumas de dinero.

En atención a tal problemática y en uso de las facultades del artículo 189 de la Carta Suprema y del 154 de la Ley 100 de 1993 fue que el Gobierno Nacional dispuso del desarrollo de un proceso alternativo que facilitara el flujo de los recursos a quienes cumplieran con sus obligaciones.

No es cierto, como lo afirma la actora, que se esté cambiando el uso de los recursos del sistema o la destinación específica de la UPC, ya que los valores compensados están a cargo de las EPS y en ese sentido la norma enjuiciada no hace ninguna modificación en su destinación, por el contrario, lo que se está haciendo es dar una nueva oportunidad

a las EPS que incumplieron con el proceso de compensación ordinario para que adelanten uno excepcional, si así lo consideran, de modo que les sean reconocidos los dineros resultantes de la compensación a que se ha aludido.

Se aparta también del criterio esbozado por la demandante cuando aseveró que el Ministerio estaba despojando al FOSYGA de su obligación de girar los recursos de las UPC, toda vez que lo pretendido es habilitar a las EPS para que puedan compensar los recursos clasificados como SNC y RG de las vigencias 2007 y 2008, para que a su vez el FOSYGA pueda cumplir con su obligación de reconocer dichos dineros a las EPS, con fundamento en reglas especiales, como la contenida en el Decreto 2729 de 2010.

Estimó que el hecho de que el giro y compensación de los recursos no pueda ser objeto de reclamo posterior por la EPS, no implica que el FOSYGA esté incumpliendo con sus deberes.

Consideró que la norma censurada antes que desconocer el principio de eficiencia de la actividad administrativa lo que hace es cumplirlo, por cuanto rescata los recursos paralizados del sistema de salud y evita mantenerlos de forma indefinida en el FOSYGA.

Finalmente, sostuvo que no hay prueba del desequilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud y que tal fenómeno no puede ser atribuido al Gobierno Nacional, ya que eran las EPS las que debían hacer una valoración costo-beneficio de optar por el procedimiento especial o esperar al ordinario.

4.3.- La demandante alegó de conclusión reiterando parte de las razones de nulidad del Decreto 2729 de 2010 que sugirió en su escrito.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público que actúa como delegado ante esta Corporación solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda.

Adujo que las medidas excepcionales adoptadas por la norma impugnada pretendían solucionar de manera definitiva los problemas en la compensación de las EPS y EOC de periodos correspondientes al 2008 y anteriores, que impidieron a esas entidades obtener la UPC, lo cual afectaba la financiación del servicio de salud.

Afirmó que no podía entrar a estudiar la legalidad de la norma que revestía el proceso de compensación de los efectos otorgados al contrato de transacción, habida cuenta de que no se había indicado como impugnada en el acápite de pretensiones de la demanda.

Agregó que si las EPS y EOC consideraban que el mecanismo de compensación excepcional les irrogaba algún detrimento financiero, bien pudieron no someterse a esas reglas ya que era potestativo acudir a el.

La apreciación de la actora sobre la Desfinanciación del sistema tampoco fue acogida por el Ministerio Público, toda vez que a su juicio, lo que precisamente intenta resolver la medida de compensación especial es los valores congelados por falta de información puedan ser girados a las EPS y EOC que cumplan los requisitos establecidos para esos efectos.

VII.- DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

VIII.- CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos consisten en determinar: (i) si la imposibilidad de volver a reclamar las sumas que resultaron del proceso de compensación excepcional en los respectivos periodos desconoce las normas generales que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud y (ii) si la equiparación del proceso de compensación excepcional de recobros ante el FOSYGA al contrato de transacción es violatoria de las normas del Código Civil que regulan ese negocio jurídico.

8.1.- El acto administrativo impugnado

La disposición acusada es la que se transcribe a continuación:

“Artículo 2°. La declaración de giro y compensación excepcional de que trata este decreto se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

2. Las EPS y EOC que presenten la declaración de giro y compensación excepcional regulada en el presente decreto no podrán reclamar suma alguna por concepto de UPC, licencias de maternidad y paternidad, incapacidad por enfermedad general o por ningún otro concepto, por los períodos que se cierran, con posterioridad a la solicitud de compensación excepcional, una vez esta sea atendida con el procedimiento aquí establecido

(...)

4. Las EPS o EOC no podrán reclamar suma alguna en la declaración de giro y compensación excepcional, por los períodos en los cuales no se hubieran girado al Fondo de Solidaridad y Garantía saldos no conciliados o no compensados o por registros glosados correspondientes al respectivo período.”

8.2.- Sobre el proceso de compensación

8.2.1.- Proceso de compensación ordinario

Es indispensable referir el contexto normativo en el que se desarrolla este proceso, razón por la cual aludiremos a normas como el artículo 2º del Decreto 1283 de 19963 en el cual se establece la estructura del FOSYGA. Allí se describe la estructura del fondo, y dentro de ésta se advierte que una de las subcuentas es la de compensación interna del régimen contributivo:

3 “Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

“Artículo 2º. Estructura del Fosyga. El Fosyga tendrá las siguientes subcuentas:

- a) De compensación interna del régimen contributivo;
- b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud;
- c) De promoción de la salud;
- d) De seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.”

- El Capítulo II del citado Decreto se ocupa de regular lo concerniente a la mencionada subcuenta, tema que fue objeto de regulación en el Decreto Ley 1281 de 2002 en los artículos 2, 3, 4, 6 y 9, disposiciones éstas que a su vez fueron reglamentadas por el Decreto 2280 de 20044 en el que se precisó el alcance del proceso de compensación del régimen contributivo definiéndolo de la forma que a continuación se expone:

“Artículo 2º. Proceso de compensación. Se entiende por compensación el proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas íntegramente e identificadas plenamente por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás entidades obligadas a compensar, EOC, para cada período mensual, los recursos destinados a financiar las actividades de promoción y prevención, los de solidaridad

del régimen de subsidios en salud y los recursos que el sistema reconoce a las EPS y demás EOC por concepto de unidades de pago por capitación, UPC, así como los reconocidos para financiar el per cápita de las actividades de promoción y prevención, incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y paternidad.

4 “Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA.”

Como resultado de lo anterior, los recursos provenientes del superávit de las cotizaciones recaudadas se giran o trasladan por las EPS y EOC a las respectivas Subcuentas del FOSYGA y este, a su vez, gira o traslada a las cuentas de las EPS y EOC las sumas que resulten a su favor.”

Las disposiciones relacionadas con el trámite ordinario del proceso de compensación se encuentran descritas en el Decreto Ley 1281 de 2002 que fueron desarrolladas en el Decreto 2280 de 2004.

8.2.2.- Proceso de Compensación excepcional

Ante el congelamiento de recursos provenientes del proceso de compensación ordinario, clasificados en los estados financieros como Saldos No Compensados (SNC) y Registros Glosados (RG) que permanecían como pasivos del FOSYGA sin poder ejecutarse por la falta de información que debían suministrar las EPS, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2729 de 2010 con el fin de que las EPS y EOC, si así lo decidían se acogieran a un proceso de compensación excepcional sobre el valor de los saldos no conciliados o no compensados o pendientes de legalizar para los periodos 2007 y 2008, previa certificación que el FOSYGA expidiera.

En efecto, el numeral segundo y cuarto del artículo segundo del acto acusado dispusieron que si las EPS y EOC se sometían al trámite especial no podrían efectuar ninguna reclamación adicional sobre los saldos que pretendieran compensar, particularmente los relacionados

con las UPC, licencias de maternidad y paternidad, incapacidad por enfermedad general, entre otros, o aquellos saldos no conciliados, no compensados o registros glosados que no se hubieran girado al FOSYGA en el periodo comprendido entre enero de 2007 y diciembre de 2008.

8.3.- Aplicación al caso

Para la actora la imposibilidad de efectuar este tipo de reclamaciones genera un desequilibrio económico y desfinanciamiento del sector salud a cargo de las EPS y EOC, lo cual resulta desproporcionado.

Sin embargo, en la forma en que se estudió el proceso de compensación que ahora se impugna, para la Sala es claro que se trata de un procedimiento especial y opcional, al que bien podían o no sujetarse las EPS. En tal sentido, mal harían éstas entidades en acogerse al proceso excepcional de compensación y luego de ello discutir sus directrices, pues sería tanto como alegar en su favor su propia responsabilidad o su propia culpa.

Tampoco acoge la Sala el cargo de violación del principio de moralidad administrativa, pues contrario a ello lo que se observa es que la filosofía de este mecanismo fue precisamente hacer eficientes unos recursos que se encontraban paralizados por virtud de una conducta atribuible a las EPS consistente en el incumplimiento del deber de suministrar información o corregir oportunamente las deficiencias advertidas por el FOSYGA.

Siendo ello así, antes que desconocer los principios que orientan la actividad de los sujetos que ejercen funciones administrativas y específicamente de los que intervienen en el Sistema de Seguridad Social en Salud, lo que ha hecho el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 2729 de 2010 es optimizarlos.

En tal orden, la disposición acusada garantiza que los recursos que se encontraban paralizados puedan ser utilizados en favor de todos los actores del sistema de salud del país, ya que permite el pago de las UPC a las EPS y EOC que no habían entregado en el momento oportuno la información para que ello sucediera, o que la habían suministrado de manera errada sin haber hecho las correcciones a que había lugar. También viabiliza los pagos que deban hacerse a esas mismas EPS de parte del FOSYGA por los servicios NO POS prestados a los afiliados del régimen contributivo en caso de que exista superávit como resultado del proceso de compensación excepcional. También supone una mejora en la prestación del servicio ya que las EPS contarán con un flujo mayor de dinero.

Como se observa el sistema de compensación especial facilita el buen funcionamiento del sistema en aras de la buena prestación del servicio de salud.

8.4.- Transacción

De otra parte, no encuentra la Sala que las normas acusadas, esto es, los numerales 2 y 4 del artículo 2º del Decreto 2729 de 2010 aludan al tema de la transacción al que se refiere la actora en los alegatos de conclusión.

Una vez revisado el contenido del acto impugnado se observa que la mencionada disposición corresponde al párrafo 2º del artículo segundo ibídem5, norma ésta que no fue demandada, situación que impide que se efectúe pronunciamiento alguno sobre el particular so pena de desconocer el derecho de defensa y debido proceso de las entidades que intervinieron en el proceso.

8.5.- Conclusión

Visto que los cargos expuestos por la demandante no prosperan, resta por negar las pretensiones, tal y como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera, administrando justicia en

5 “Parágrafo 2º. Las entidades promotoras de salud y entidades obligadas a compensar que presenten la declaración de giro y compensación excepcional de que trata el presente decreto no tendrán derecho a reclamar suma alguna por ningún concepto por los períodos objeto del cierre, circunstancia esta que quedará expresamente consignada y suscrita por el representante legal principal de la entidad bajo el entendido, que sus efectos corresponden a lo señalado en los artículos 2469 y siguientes del Código Civil, en el formato que para el efecto determine el Ministerio de la Protección Social.”

nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Reconocer personería al abogado Edgar Mauricio Sola Zea como representante judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con los documentos que obran a folios 110 a 112 de este Cuaderno.

TERCERO: Reconocer personería al abogado Samir Bercedo Páez Suárez como apoderado del Ministerio de Salud en los término y los fines del poder que obra a folios 87 a 95 de este Cuaderno.

En firme esta decisión, archívese el expediente.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 7 de mayo de 2015.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARÍA

ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidenta

GUILLERMO VARGAS AYALA MARCO

ANTONIO VELILLA MORENO