

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA¹

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación Núm.: 11001-0324-000-2013-00014-00
Actor: MARLON DAVID PABÓN CASTRO

Demandada: LA NACIÓN – Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Ministerio de Salud y Protección Social – Departamento Administrativo Nacional de Planeación

Medio de Control: Nulidad -

Procede la Sala a decidir de fondo la demanda de nulidad de la referencia, promovida por MARLON DAVID PABÓN CASTRO contra LA NACIÓN – Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Ministerio de Salud y Protección Social – Departamento Administrativo Nacional de Planeación.

1.- RESUMEN DE LA DEMANDA

Y SU CONTESTACIÓN

1.1.- En ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el ciudadano MARLON DAVID PABÓN

¹ CPACA-GVA-2013-00004

CASTRO, obrando en nombre propio, acudió ante el Consejo de Estado con la pretensión de obtener la declaratoria de nulidad de algunas expresiones contenidas en artículo 8° del Decreto 50 del 13 de enero de 2003, *"por el cual se adoptan unas medidas para optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"*.

Al exponer los fundamentos de su pretensión, el actor señaló que la norma parcialmente acusada, al prohibir a las EPS la realización de algunas operaciones financieras con recursos captados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las cuales aparecen la pignoración, la titularización y cualquier otra clase de operación financiera, está violando los principios de eficiencia y sostenibilidad del Sistema y de mantenimiento del poder adquisitivo de tales recursos, los cuales aparecen consagrados en el artículo 48 de la Carta.

Según el criterio del actor, el acto acusado impide garantizar la ampliación progresiva del sistema de seguridad social y se opone al propósito de racionalizar y optimizar la administración de los recursos del sistema.

En apoyo de lo expuesto, evocó algunos apartes de la Sentencia C-828 de 2001 proferida por la Corte Constitucional en donde se hacen algunas consideraciones relacionadas con el equilibrio y la estabilidad del Sistema de Seguridad Social de Salud y señaló que en el artículo 23 de la Ley 608 de 2000, se reconocen como viables las operaciones financieras realizadas con los recursos de la salud.

1.2.- El **Departamento Administrativo Nacional de Planeación** dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 40 a 48 del

expediente, en el cual se opone a la prosperidad de la misma, alegando que los recursos del Sistema tienen una destinación especial y por lo mismo, no pueden destinarse a objetos distintos de los autorizados por el ordenamiento jurídico.

A renglón seguido y con el objeto de reforzar su argumentación, hizo referencia a lo que disponen los artículos 1° y 91 de la Ley 715 de 2001, los Decretos 1101 de 2007 y 028 de 2008 y el artículo 44 de la Ley 1438 de 2011, destacando que las restricciones al uso de los dineros del Sistema General de Seguridad Social en Salud, asegura un flujo adecuado de recursos para la prestación de los servicios médicos y contribuye a reducir la desviación de los mismos hacia finalidades no autorizadas.

Destacó asimismo que el Decreto demandado no hace nada distinto a adoptar una serie de medidas orientadas a optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, buscando con ello asegurar la destinación específica de los mismos frente a otras destinaciones. En el fondo lo que se pretende es evitar que esos recursos queden expuestos a los riesgos financieros inherentes a la titularización, pignoración y embargo de los recursos públicos destinados al funcionamiento del régimen subsidiado y que la realización de inversiones en certificados de depósito de término, fondos de inversión, emisión de bonos o compra de títulos y acciones pueda degenerar en una situación de insolvencia o iliquidez de las EPSs que impida cubrir el valor de los servicios prestados por las IPS o determine la no prestación de los servicios a los sectores más pobres y vulnerables de nuestra sociedad.

En el escrito de contestación obrante a folios 51 a 55 del expediente, el apoderado del **Ministerio de Hacienda** destacó que el Decreto parcialmente

cuestionado pretende asegurar el flujo efectivo, ágil y oportuno de los recursos previstos para el financiamiento del Régimen Subsidiado. Las prohibiciones cuestionadas se explican por cuanto esos dineros tienen el carácter de “recursos parafiscales” y por ello, no pueden ser destinados a fines distintos de los previstos en la ley.

En términos similares se pronunció el apoderado del **Ministerio de Salud**, en escrito visible a folios 86 a 91 del expediente, quien se detuvo además a señalar, respecto de las normas a partir de las cuales el demandante encuentra admisible la realización de operaciones financieras con los recursos del Régimen Subsidiado de Salud, que las mismas “[...] *indican que las operaciones financieras realizadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, están exentas del gravamen a los movimientos financieros, nada más que eso, de lo cual no se deduce por ninguna parte que la Corte Constitucional esté avalando que las otrora ARS procedan a la realización de las operaciones financieras que a bien dispongan [...].*”

2. TRÁMITE DE LA INSTANCIA

- Mediante auto del 9 de mayo de 2013 se admitió la demanda y se dispuso su notificación y traslado a las entidades demandadas, al Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 171 y 192 del C.P.A.C.A. y en el artículo 612 del C.G.P.
- Las notificaciones ordenadas por el Despacho se llevaron a cabo, tal como consta a folios 32 a 39 del expediente.

- La parte pasiva dio contestación a la demanda, mediante escritos que aparecen a folios 40 a 48, 51 a 55 y 86 a 91 del expediente. Los antecedentes del Decreto demandado fueron allegados al proceso por el apoderado del Ministerio de Hacienda y obran a folios 59 a 85 del cuaderno principal.

- Mediante auto del 2 de septiembre de esta misma anualidad se fijó fecha y hora para la realización de la Audiencia Inicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 numeral 1° del C.P.A.C.A.

- El día 27 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la Audiencia Inicial, contando con la asistencia de los apoderados de las entidades públicas demandadas y del representante del Ministerio Público. Al comienzo de la audiencia el Consejero Ponente señaló que a folio 109 del expediente aparece una solicitud de aplazamiento radicada por el actor, la cual fue denegada por considerar que la razón aducida no constituye justa causa. Siguiendo la ritualidad establecida en el artículo 180 del CPACA se procedió al saneamiento del proceso; se estableció que no era necesario adoptar ninguna decisión en materia de excepciones previas o mixtas por no haber sido propuestas; se realizó la fijación del litigio; y se decidió omitir la práctica de pruebas teniendo en cuenta que la controversia planteada es de puro derecho y con los documentos allegados con la demanda se puede adoptar una decisión de fondo. Finalmente, se concedió a las partes e intervinientes la oportunidad de presentar sus alegatos por escrito de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 181 del CPACA.

- Dentro del término para alegar de conclusión, el actor alegó de conclusión mediante escrito visible a folios 154 a 168 del expediente. Los apoderados de las entidades demandadas hicieron lo propio. Sus alegatos de conclusión obran a folios 117 a 130, 131 a 135 y 139 a 143 del expediente. El señor agente del Ministerio Público, por su parte, radicó el concepto fiscal visible a folios 145 a 153.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro del término de diez (10) días previsto en el inciso final del artículo 181 del CPACA, las partes presentaron los alegatos de conclusión mencionados en el acápite anterior, en los cuales se reiteran los mismos argumentos contenidos en la demanda y en su contestación.

A su turno el señor agente del Ministerio Público antes de rendir su vista fiscal, destacó que el actor fundamentó las pretensiones de su demanda en la presunta violación del artículo 48 de la Constitución Política, de lo cual podría interpretarse, en principio, que el medio de control por él ejercido es el de “*nulidad por inconstitucionalidad*” consagrado en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011. No obstante lo anterior y apoyándose en los criterios adoptados por el Consejo de Estado, recordó que ese medio de control exige (1) que la norma acusada sea una disposición autónoma o constitucional; (2) que el juicio de validez se realice frente a la Constitución Política y (3) que sea expedida por cualquier autoridad en ejercicio de una función constitucional.

En ese orden de ideas, como el Decreto 050 de 2003 fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, se concluye que dicho Decreto no es un reglamento autónomo o constitucional, ya que se encuentra subordinado directamente a la Ley, circunstancia que conduce a establecer

que el medio de control precedente no es el de nulidad por inconstitucionalidad, sino el de simple nulidad de que trata el artículo 137 del CPACA, por lo cual debe adecuarse al trámite previsto en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011.

Hecha la anterior precisión y luego de hacer un ligero recuento de las actuaciones adelantadas en el curso de la instancia y de referirse a los fundamentos de la demanda y su contestación, el Procurador Delegado consideró que las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que cobija al artículo 8° del Decreto 050 de 2003. Además de ello, hizo énfasis en el hecho de que si bien *“la Corte Constitucional, en sentencia C-828 de 2001, reconoce la existencia de transacciones financieras y operaciones por parte de las EPS, cuando hace referencia al impuesto indirecto para las transacciones financieras y la incidencia del mismo en las relaciones entre EPS e IPS, se debe anotar que la realización de dichas transacciones financieras obedece a que las mismas son el mecanismo idóneo que permite fluidez en la circulación de los recursos del sistema, en función de la prestación del servicio de salud, como lo precisa la Corte Constitucional, mas no como una interpretación sin contexto de lo que implican las operaciones financieras, como lo observa el demandante.”*

En ese orden de ideas, las operaciones financieras a las que alude el citado fallo, *“no se pueden hacer extensivas a la citada expresión del apartado demandado, de tal forma que la posibilidad de realizar operaciones financieras como mecanismo para hacer operativa la prestación del servicio de salud como un fin específico consagrado en la Constitución y la Ley, se confunda con la posibilidad de realizar actos de disposición financiera lo cual, como ya se había anotado, tiene una relevancia e implicaciones tales que podrían desviar la destinación específica de los mencionados recursos.”*

Además de lo anterior, no puede perderse de vista que los servicios a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud constituyen un servicio público de carácter esencial, lo cual explica que el ordenamiento jurídico establezca medidas como las que aquí se controvierten, dada su estrecha conexión con la efectividad de los derechos fundamentales.

4. CONSIDERACIONES

4.1.- El acto administrativo acusado.

El acto administrativo parcialmente demandado en este proceso es del siguiente tenor literal:

“DECRETO 50 DE 2003

(Enero 13)

“Por el cual se adoptan unas medidas para optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y por los artículos 154 literal g) 178 numeral 1, 187, 188, 204, 225 y 221 de

la Ley 100 de 1993; en concordancia con los artículos 64, 96 y 107 de la Ley 715 de 2001, los artículos 1°, 4°, 7°, 10, 11, 12, 13, 15, 16 y 17 del Decreto-ley 1281 de 2002,

DECRETA

[...]

Artículo 8°. *Inembargabilidad de los recursos del Régimen Subsidiado.* Los recursos de que trata el presente decreto **no podrán ser objeto de pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera**, ni de embargo.” [El aparte resaltado es el acusado].

4.2.- El problema jurídico a resolver

El objeto del presente litigio, de acuerdo con la fijación que se hizo en la audiencia inicial celebrada el 27 de septiembre de 2013, consiste en determinar si el aparte demandado del Artículo 8° del Decreto 050 de 2003, *"por el cual se adoptan unas medidas para optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"*, desconoce los principios constitucionales de eficiencia, sostenibilidad y mantenimiento del poder adquisitivo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, en lo que corresponde a la administración de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4.3.- Análisis crítico de las pruebas allegadas al proceso

El actor allegó con su demanda una copia facsimilar del Diario Oficial número 45063 del 14 de enero de 2003, en el cual aparece publicado el texto del Decreto 050 del 13 de enero de 2003, *“Por el cual se adoptan unas medidas para optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, el cual, como ya se anotó, es un Decreto Reglamentario de los artículos 154 literal g) 178 numeral 1, 187, 188, 204, 225 y 221 de la Ley 100 de 1993; en concordancia con los artículos 64, 96 y 107 de la Ley 715 de 2001, los artículos 1°, 4°, 7°, 10, 11, 12, 13, 15, 16 y 17 del Decreto-ley 1281 de 2002.

Además de lo expuesto, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público allegó con la demanda una copia de los antecedentes administrativos del Decreto 050 de 2003, los cuales obran a folios 59 a 85 del expediente, los cuales nada aportan al esclarecimiento de la discusión.

4.4.- Análisis del caso

Visto el contenido de la demanda, los escritos de contestación, los alegatos formulados por las partes y el concepto del Ministerio Público, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, procede a dictar sentencia de fondo en este proceso, previas los siguientes razonamientos:

4.4.1.- En primer término, la Sala comparte el criterio expresado por el señor agente del Ministerio Público, cuando en su vista fiscal manifiesta que como el Decreto demandado es un acto administrativo de naturaleza reglamentaria dictado con fundamento en el artículo 189 numeral 9° de la Constitución Política, la presente causa debe entenderse promovida en ejercicio del medio de control de simple nulidad previsto en el artículo 137 del CPACA y no en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad consagrado en el artículo 135 del mismo Código.

4.4.2.- Estima la Sala que la invocación de los Decretos 1101 de 2007 y 028 de 2008 y del artículo 44 de la Ley 1438 de 2011 efectuada por el apoderado del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, es de suyo impertinente y desatinada, por cuanto que en el presente proceso se está enjuiciando la legalidad del Decreto 050 de 2003, lo cual impide entrar a considerar en este debate las disposiciones anteriormente enunciadas, por ser posteriores a la expedición del acto acusado y no formar parte de las normas en las cuales aquél ha debido fundarse.

4.4.3.- hechas las anteriores precisiones y a efectos de tener en claro el parámetro normativo que debe tenerse en cuenta para resolver la presente controversia, se transcribe a continuación el artículo 48 de la Constitución, cuyo texto es del siguiente tenor:

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

[...]

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. (El resaltado es de la Sala)

La ley definirá los medios para **que los recursos** destinados a pensiones **mantengan su poder adquisitivo constante.** (El resaltado es de la Sala)

El Estado garantizará los derechos, la **sostenibilidad financiera del Sistema Pensional**, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. (El resaltado es de la Sala)

[...]"

La simple lectura de la norma anteriormente transcrita, permite observar que es de origen constitucional la prohibición de destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

4.4.4.- En desarrollo del mandato superior anteriormente transcrito, los artículos 9° y 154 literal g) de la Ley 100 de 1993, "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*", establecieron *ad pedem literae* lo siguiente:

Artículo 9°. Destinación de los recursos. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

Artículo 154°. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

[...]

g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes;

4.4.5.- De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 48 inciso 5° de la Constitución y en los artículos de la Ley 100 de 1993 que se acaban de transcribir, la Sala considera que la prohibición establecida en el artículo 8° del Decreto 050 de 2003 cuenta con pleno sustento constitucional y legal y su adopción es una expresión legítima del poder de intervención del Estado en el servicio público de Seguridad Social en Salud, con el cual se quiere evitar que los recursos asignados al financiamiento de los servicios de salud que forman parte del Régimen Subsidiado, sean destinados a fines diferentes.

Las ideas que anteceden constituyen una razón más que suficiente para predicar que la medida que prohíbe a las EPSs realizar las operaciones financieras mencionadas en el precepto demandado con recursos captados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuenta con pleno respaldo jurídico, no solamente por tratarse de una determinación orientada a garantizar que los recursos destinados a la Seguridad Social Salud sean utilizados en el financiamiento de los servicios que le son inherentes, sino por estar dirigida a optimizar el flujo financiero de los recursos asignados al régimen subsidiado, de lo cual depende la atención en salud de amplios sectores de la población que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Dicho de otra manera, la disposición

que aquí se cuestiona responde a una razón totalmente plausible y constitucionalmente legítima.

4.4.6.- Como complemento de lo expuesto, no puede dejarse de lado que la participación para salud prevista en el Sistema General de Participaciones, como bien lo anotan las entidades públicas demandadas y el Ministerio Público, es una participación que tiene una “destinación específica”, tal como lo establece el artículo 3° numeral 2° de la Ley 715 de 2001,² norma que por demás concuerda con lo dispuesto en el artículo 91 de la misma Ley, en donde se prescribe que dichos recursos, por su destinación social constitucional, no pueden ser sujetos de embargo, titularización u otra clase de disposición financiera.

4.4.7.- No puede la Sala soslayar en todo caso el argumento expuesto por el actor, referido a que la Sentencia C-828 de 2001 proferida por la Corte Constitucional, al declarar exequible el numeral 10 del artículo 1º. de la Ley 633 de 2000 que adicionó el artículo 879 del Estatuto Tributario, reconoció que las EPS están jurídicamente habilitadas para realizar operaciones financieras con recursos del Sistema de Seguridad en Salud.

Al respecto, es preciso puntualizar que las operaciones financieras a las cuales alude esa decisión, están referidas fundamentalmente a aquellas operaciones a través de las cuales se hace posible la circulación de los recursos del sistema “*en función de la prestación del servicio de salud*”, tal como lo precisa la Corte Constitucional en dicha sentencia. No obstante lo anterior, no es dable entender de manera descontextualizada que la gestión de tales recursos por parte de las

² “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”

EPS, involucre igualmente la posibilidad de realizar operaciones de pignoración o titularización y demás operaciones a las cuales se refiere el acto demandado.

Las consideraciones que anteceden sirven igualmente para concluir que no son acertados los argumentos referidos a que el artículo 23 de la Ley 608 de 2000 consagraba una exención tributaria a las operaciones financieras realizadas por las entidades del Sistema de Seguridad en Salud, normas que por demás ya había sido derogada por el artículo 134 de la Ley 633 de 2000, esto es, antes de la expedición del acto administrativo que aquí se cuestiona.

Las razones que anteceden llevan a la Sala a concluir que no hay ningún motivo para acceder a las pretensiones de la demanda.

5.- COSTAS

Finalmente ha de resolverse lo relacionado con la condena en costas dado que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispuso que las sentencias proferidas en esta jurisdicción deben pronunciarse sobre ellas. En efecto, la citada norma establece lo siguiente:

“Artículo 188. *Condena en costas.* Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el presente asunto fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad, el cual tiene por objeto la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, no hay lugar a proferir una

condena en costas, pues el interés que mueve al actor al promover el presente proceso, no es otro distinto al de defender la prevalencia del principio de legalidad, el cual es de interés público.

En consonancia con lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA:

PRIMERO: **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: **SIN CONDENAS EN COSTAS.**

TERCERO: Una vez en firme esta decisión, procédase por Secretaría al archivo del expediente, dejando las constancias a que hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del 21 de noviembre.0

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO MARÍA ELIZABETH GARCÍA
GONZÁLEZ**

Presidente

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA