



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Consejero Ponente (E): NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Referencia: NULIDAD
Radicado: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD
Tema: PLAN OBLIGATORIO EN SALUD

Sentencia de única instancia

La Sala decide la demanda que, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo¹, presentó el señor **HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ**.

I. Antecedentes

I.1.- La demanda²

1. El señor **HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ**, actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA, acudió a esta jurisdicción en demanda en la que solicitó la siguiente pretensión:

“[...] PRIMERA. DECLARAR la nulidad del artículo 44 del Acuerdo 29 de 2011 “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud” [...]”.

I.1.1. Los hechos

2. La demanda se sustenta en los siguientes fundamentos que la Sala resume de la siguiente manera:

2.1. Afirmó que la Comisión de Regulación en Salud para efectos de dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 25 de la Ley 1438 de 19 de enero de

¹ En adelante CCA.

² Fol. 74-130, C. Ppal.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

2011³ y lo ordenado en la Sentencia T-760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, expidió el Acuerdo núm. 28 de 30 de noviembre de 2011⁴, a través del cual actualizó integralmente el plan obligatorio de salud del sistema general de seguridad social en salud.

2.2. Señaló que la Comisión de Regulación en Salud, posteriormente, expidió el Acuerdo núm. 29 de 28 de diciembre de 2011, a través del cual sustituyó el Acuerdo núm. 28 de 2011 en el sentido de “[...] *definir, aclarar y actualizar integralmente el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado [...]*”.

2.3. Indicó que el artículo 44 del referido Acuerdo núm. 29 de 2011 nada tiene que ver con la materia objeto de regulación, esto es, el plan obligatorio de salud y, de esta manera, estima que tal disposición “[...] *vulnera sendas normas de rango superior afectando además los derechos de los usuarios de los servicios de salud. Así mismo, tampoco fue observado el principio de participación democrática y participativa referente al contenido del artículo señalado [...]*”.

I.1.2. Las causales de nulidad invocadas por el actor

3. El actor estimó que el artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 2011, **i)** se expidió sin competencia por parte de la Comisión de Regulación en Salud; **ii)** fue falsamente motivado; **iii)** violó las normas en que debió fundarse; y **iv)** se dictó irregularmente. Reproches que se fundan en los siguientes argumentos:

I.1.2.1. La falta de competencia

i) La falta de competencia por violación directa del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007

4. El demandante afirmó que la Comisión de Regulación en Salud no tenía competencia para expedir el artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 2011, esto es, excedió la “[...] *potestad reguladora [...]*” que le fue asignada en la Carta Política y en la ley, lo cual, en su concepto, es evidente si se confrontaba la disposición acusada con el artículo 7° de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007⁵.

5. Para explicarlo dijo que la Ley 1122, “[...] *no atribuye competencia alguna a la Comisión de Regulación para que desarrolle los asuntos referentes a los Planes Adicionales de Salud [...]*”, pues las materias específicas que podían ser objeto de regulación por parte de dicha entidad se limitaban a:

³ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

⁴ “Por el cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”.

⁵ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

"[...] 1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (...) 2. Definir y modificar el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios (...) 3. Definir el valor de la unidad de pago por capitación de los regímenes contributivo y subsidiado (...) 4. Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales de salud (...) 5. Definir los criterios para establecer los pagos moderados de que tratan los artículos 160 numeral 3°, 164 y 187 de la ley 100 de 1993 (...) 6. Definir el régimen que deben aplicar las Empresas Promotoras de Salud para el reconocimiento de las incapacidades propias del régimen contributivo (...) 7. Establecer y actualizar el sistema de tarifas de los honorarios profesionales, entre otros factores (...) 8. Presentar un informe al Congreso sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social y recomendaciones para su mejoramiento (...) 9. Recomendar proyectos de ley o decretos reglamentarios (...) 10. Darse su propio reglamento (...) 11. Las demás que defina la ley [...]"

6. En ese sentido afirmó que el listado de materias que le era permitido regular a la Comisión de Regulación en Salud, conforme a la Constitución Política y a la ley, *"[...] No se encuentra de manera expresa, clara e inconfundible la facultad de expedir normas relacionadas con los Planes Adicionales o Voluntarios de Salud como en efecto y contrario a su órbita de competencia, se encuentra plasmado en el artículo 44 del acuerdo (sic) 029 de 2011 [...]"*.

ii) La falta de competencia por violación directa de los artículos 169 de la Ley 100 de 1993 -sustituido por el artículo 37 de la Ley 1438- y 38 de la Ley 1438

7. Explicó que el artículo 169 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993⁶, sustituido por el artículo 37 de la Ley 1438, abordó lo relativo a los planes voluntarios de salud y de su contenido no se aprecia que haya atribuido a la Comisión de Regulación en Salud competencia en relación con tal temática.

8. Agregó que el artículo 38 de la Ley 1438, al referirse a los planes voluntarios de salud, atribuyó *"[...] la competencia para pronunciarse sobre su contenido y tarifas en relación con las Entidades Promotoras de Salud y las entidades de medicina prepagada, a la Superintendencia Nacional de Salud [...]"*, razón por la que, con la expedición de la disposición acusada, la Comisión de Regulación en Salud invadió la órbita de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud.

iii) La falta de competencia por violación del artículo 154 de la Ley 1450 de 2011

9. Indicó que el artículo 154 de la Ley 1450 de 16 de junio de 2011⁷ estableció, respecto de las prestaciones no financiadas por el sistema general de seguridad social en salud que su *"[...] reglamentación debe hacerla el Ejecutivo conforme a lo que señala la Constitución Política en la materia [...]"*, en los términos de la competencia asignada por el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política.

⁶ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

⁷ "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014".



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

10. Destacó que, conforme a dicha ley, hasta tanto el ejecutivo no reglamente la materia “[...] las normas *REGLAMENTARIAS* vigentes subsistirán [...]”, para concluir a partir de este mandato que: “[...] 1. En todo caso, quien está llamado a nutrir de contenido normativo de los asuntos relacionados con las prestaciones no financiadas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es, lo que se encuentra incluido a ese título en los Planes Adicionales en Salud, es solo el Gobierno [...] 2. Hasta que esa reglamentación no sea expedida y adquiera vigencia, seguirá aplicándose la normatividad legal aplicable como lo es por ejemplo el Decreto 806 de 1998, mas no el Acuerdo 029 de 2011 [...]”.

I.1.2.2. La falsa motivación

11. Estimó, bajo el acápite “[...] 2.1. *NULIDAD DEL ACTO DEMANDADO POR FALSA MOTIVACIÓN ENTRE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y EL CONTENIDO DEL ACUERDO 029 DE 2011* [...]”, que los motivos expuestos como fundamentos de la disposición acusada son falsos.

12. Para explicarlo citó el artículo décimo séptimo de la parte resolutive de la Sentencia T-760 de 2008, expedida por la Corte Constitucional, que la decisión judicial no se refirió en modo alguno a los planes de beneficios diferentes al Plan Obligatorio de Salud, insistiendo en que el acuerdo acusado solo podía hacer referencia “[...] al contenido del Plan Obligatorio de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado mas no a los planes adicionales en salud como un plan de beneficio que no es del POS ni conforma correlación alguna con este [...]”.

I.1.2.3. La infracción de las normas en que ha debido fundarse el acto administrativo

13. Adujo, bajo el capítulo denominado: “[...] 2.2. *DESCONOCIMIENTO DE LA DINÁMICA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD AL INTRODUCIR DISTORCIONES (sic) QUE AFECTAN LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS, EN PARTICULAR, EL SEÑALADO POR EL ARTÍCULO 18 DEL DECRETO 806 DE 1998. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD* [...]”, que el acuerdo cuestionado desconoce el principio de libertad de escogencia dentro del sistema general de seguridad social en salud.

14. Indicó que el derecho a la libre escogencia se encuentra previsto en los artículos 156 y 159 de la Ley 100 como garantía de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud y característica básica del mismo; citó, a su vez, el artículo 18 del Decreto núm. 806 de 30 de abril de 1998, para destacar que dicha libertad puede verse desarrollada en ese artículo en tanto el usuario de un plan adicional de salud puede elegir libre y espontáneamente si utiliza el plan obligatorio de salud o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades **no** pueden condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

15. Afirmó que el artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 2011 prevé una dinámica distinta que desconoce el derecho a la libre escogencia al establecer que cuando “[...] el prestador de servicio de salud identifique coberturas parciales o totales deberá afectarse en primera medida los planes de cobertura diferentes al POS antes de acudir a él [...]”, con lo cual “[...] la entidad prestadora del servicio valora si el paciente está en condición económica para determinar el acceso al plan de beneficios adicionales para posteriormente decidir si afecta al plan obligatorio en salud [...]”.

16. Argumentó también que lo dispuesto en el citado artículo constituye una “[...] barrera de acceso INJUSTIFICADA para los usuarios [...]”; y que las instituciones prestadoras de servicios ofrecen en el mercado diferentes tipos de tarifas en la prestación de servicios de salud, por lo cual, “[...] iniciada la atención del usuario por el Plan Adicional de Salud, si la IPS en razón al contrato de aseguramiento celebrado entre el usuario y su Plan Adicional de Salud, evidencia que el tope de cobertura ha llegado a su máximo nivel, y adicionalmente viene siendo atendido a tarifas diferenciales mayores, será el usuario quien deba concurrir con el gasto como resultado del agotamiento de las coberturas contratadas[...]”.

17. Manifestó, desde tal perspectiva, que lo expuesto resultaba “[...] contrario a la filosofía que nutre al Plan Obligatorio de Salud, inspirado en el criterio de la universalidad [...]”, puesto que el usuario, al momento de la atención, “debe contar con dinero” para acceder a los servicios de salud, por cuanto una vez que la institución prestadora de servicios de salud detecte que cuenta con un plan adicional de salud le exigirá pagar el valor de las cuotas moderadoras para poder atenderlo, resaltando que podría ocurrir que el paciente, en dicho momento, carezca de dinero lo cual traería como consecuencia, en su concepto, la negativa a prestar la atención médica, aplicando para el efecto el artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 2011.

18. Finalmente, dijo que las instituciones prestadoras de servicios de salud, en el evento en que revisen el contenido del plan adicional de salud, podrían identificar preexistencias, exclusiones, períodos de carencia y topes en algunos programas, con lo que se vería desprotegido el usuario, pues no podría acceder, en primera instancia, a la prestación del servicio, contrario a lo que ocurriría si se aplicara el plan obligatorio de salud.

19. Recalcó que el principio de escogencia, con la aplicación del artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 2011, adquiere una “[...] nefasta lógica: sólo aquel ciudadano colombiano que tenga un plan adicional en salud, podrá acceder a los beneficios que ofrece el plan obligatorio; Situación ésta que es claramente contraria a lo que indica la Ley 100 de 1993 [...]”, que en su artículo 169, modificado por el artículo 37 de la Ley 1438, señala que la “[...] adquisición y permanencia de un Plan Voluntario de Salud implica la afiliación previa y la continuidad mediante el pago de la cotización al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud [...]”.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

20. Estimó que la aplicación de la disposición demandada conlleva otra situación preocupante, consistente en que la atención podría ser negada al usuario por cuanto la institución prestadora de servicios de salud podría no estar “[...] en la misma red que las EPS y las empresas de medicina prepagada tienen con aquella [...]”, lo cual implica que dicha norma impone una exigencia “[...] extraña [...]” según la cual se debe “[...] estar afiliado a un Plan Adicional en Salud, dado que es pre – requisito, en el entender de la CRES, para acceder a los servicios del Plan Obligatorio en Salud [...]”, olvidando, insistió, que el artículo 18 del Decreto núm. 806 de 1998 establece que el usuario de un plan adicional de salud podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el plan obligatorio de salud o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

I.1.2.4. Expedición irregular del acto administrativo

21. Para explicarla se refirió a los artículos 1° y 49 de la Carta Política; 2°, literal f), 153 numeral 3.10 de la Ley 100; y el Decreto núm. 1.757 de 3 de agosto de 1994⁸, así como a la sentencia T-263 de 2010, relativos a la participación ciudadana en la organización, control, gestión y fiscalización del sistema general de seguridad social en salud.

22. Resaltó, que “[...] si se pretende adoptar una decisión como la que en efecto tomó la Comisión de Regulación al actualizar el contenido del POS conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional, tal actuar debió verse nutrido en su integridad por el principio de participación mas no parcialmente como ocurrió [...]”, toda vez que si bien la Comisión de Regulación en Salud dispuso un espacio para que los interesados manifestaran lo que a bien tuvieran sobre el proyecto del Acuerdo núm. 29 de 2011, la inclusión del artículo 44 en el articulado de la norma fue sorpresiva e inesperada.

23. Reveló que, en efecto, en el documento denominado “[...] “PROYECTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA PROCESO DE ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD PARA EL AÑO 2011 PROPUESTA DE ARTICULADO [...]” elaborado por la Comisión de Regulación en Salud y sobre el cual se habría surtido el proceso de concertación de la propuesta normativa, nada se indicó respecto del contenido de lo que finalmente correspondió al artículo 44 del acto acusado.

I.2. Contestación de la demanda por parte de la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social⁹

⁸ “Por el cual se organizan y se establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 4 del Decreto-ley 1298 de 1994”.

⁹ Fol. 165-180, C. Ppal.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

24. El despacho sustanciador del proceso, mediante auto de 14 de junio de 2012¹⁰, admitió la demanda y, en consecuencia, **i)** ordenó la notificación personal a la Comisión de Regulación en Salud¹¹ y al agente del Ministerio Público, **ii)** fijó el proceso en lista por el término de 10 días para que la parte demandada o los intervinientes pudieran contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas, y **iii)** denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado¹².

25. El Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de la oportunidad procesal correspondiente contestó la demanda y solicitó desestimar la pretensión anulatoria. Inicialmente, realizó unas precisiones generales para, posteriormente, pronunciarse expresamente respecto de los cargos formulados por la parte actora.

26. Aseveró, en lo atinente a las precisiones generales, que de acuerdo con el artículo 7°, numerales 1 y 2 de la Ley 1122, le correspondía a la Comisión de Regulación en Salud “[...] adecuar el conjunto de servicios de atención en salud a que tenía derecho los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como precisar y examinar el listado de medicamentos esenciales que harían parte de los Planes de Beneficios, remplazando en estas funciones al Consejo Nacional de Seguridad Social [...]”.

27. Hizo referencia a la Sentencia T-760 de 2008, en particular, el artículo décimo séptimo de la parte resolutive de la decisión judicial, en la cual se ordenó a la Comisión de Regulación a actualizar integralmente los planes obligatorios de salud siguiendo ciertos criterios allí fijados.

28. Indicó que la Comisión de Regulación en Salud, una vez inició el ejercicio de sus funciones, expidió el Acuerdo núm. 003 de 30 de julio de 2009, a través del cual se aclararon y actualizaron integralmente los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, haciendo referencia, más adelante, a la Ley 1438, norma a través de la cual se dispuso que el plan de beneficios debía actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo factores como cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos por fuera del plan de beneficios, entre otros, actualización que sólo podría llevar a cabo dicha comisión, conforme con el artículo 25 de aquella ley.

¹⁰ Fol. 133-138, C. Ppal.

¹¹ Cabe precisar que el Consejero de Estado sustanciador del proceso, mediante auto de 4 de septiembre de 2014 [Fol. 161, C. Ppal], decidió “[...] En atención al informe secretarial que antecede, y toda vez que no se ha podido notificar del auto admisorio de la demanda a la COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD, debido a que ésta entro en liquidación, conforme a lo establecido en el Decreto 2560 de 10 de Diciembre de 2012, parte demandada en el proceso de la referencia, por la Secretaría notifíquese al Ministro de Salud y de la Protección Social, con el fin de que continúe con el trámite del proceso [...]”.

¹² Fol. 203-207, C. Ppal. Mediante auto de 21 de enero de 2016, la Sala desató el recurso de súplica interpuesto en contra del auto de 14 de junio de 2012, en el sentido de confirmarlo.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

29. Apoyado en el artículo 17 del Decreto núm. 806 de 1998, que estableció la existencia de planes adicionales de salud, afirmó que desde el contexto normativo expuesto, se desarrolló un proceso para actualizar el Acuerdo núm. 28 de 2011, que dio lugar a la expedición del Acuerdo núm. 29 de 2011 “[...] *decisión proferida en ejercicio de las facultades legales otorgadas a la Comisión de Regulación en Salud (CRES), especialmente las señaladas en el numeral 1° del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, y en atención a lo ordenado por el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011 y la sentencia T-760 de 2008 [...]*”, luego la disposición cuestionada se encuentra en el marco de lo señalado en la ley y en la decisión judicial precitada.

30. Aclaró que la aprobación de los planes adicionales de salud por parte de la Superintendencia Nacional de Salud se limita al “[...] *otorgamiento de la autorización de funcionamiento, y depende exclusivamente de si el acto proyectado se ajusta o no a las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud [...]*”, por lo que no debe confundirse tal prerrogativa con la reconocida a la Comisión de Regulación en Salud para actualizar el plan de beneficios, pues la reconocida a la superintendencia apunta a aprobar el contenido de los “[...] *planes voluntarios, así como los contratos de servicios suscritos con la entidad respectiva y la persona interesada [...]*”, mientras que la conferida a aquella comisión conlleva “[...] *definir los servicios de salud que se encuentran incluidos, excluidos u (sic) suprimidos de los planes de beneficios, dentro de los cuales se encuentran los Planes Adicionales o Voluntarios de Salud [...]*”.

31. Advirtió que la disposición cuestionada no es reglamentaria del artículo 154 de la Ley 1450 como puede deducirse de las normas mencionadas como sustento del Acuerdo núm. 29 de 2011; no obstante, indicó, haciendo suyas las reflexiones realizadas por esta Corporación en la sentencia de 2 de diciembre de 2013, dictada por la Sección Tercera en el expediente núm. 11001 03 26 000 2011 00039 00, que la potestad reglamentaria puede ser reconocida a otros organismos de la administración a través de la expedición de actos generales para cumplir o hacer cumplir la ley.

32. Estimó, frente al “[...] *alegado “DESCONOCIMIENTO DE LA DINÁMICA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD AL INTRODUCIR DISTORSIONES QUE AFECTAN LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS, EN PARTICULAR EL SEÑALADO POR EL ARTÍCULO 18 DEL DECRETO 806 DE 1998 [...]*”, que esta norma, esto es, el Decreto núm. 806 de 1998, fue expedida con anterioridad a la creación de la Comisión de Regulación en Salud, a la expedición de la sentencia T-760 de 2008 y a la promulgación de la Ley 1438 de 2011, indicando que el Acuerdo núm. 29 de 2011 fue el resultado de la integración de la citada normativa y de la aludida decisión judicial.

33. Enfatizó que la inclusión del artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 2011 no fue intempestiva, sorpresiva e inesperada y observó que el contenido del artículo 44



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

del Acuerdo núm. 28 de 2011 “[...] no es contrario, ni distinto al contemplado en el artículo 44 del Acuerdo 29 de 28 de diciembre del mismo año, motivo por el cual es posible concluir, el mismo fue sometido en forma oportuna a su análisis y discusión, como se expresó en la motivación del acto administrativo cuya legalidad se discute [...]”.

34. Luego se pronunció en relación con cada uno de los cargos formulados por el actor, destacando, frente a la falta de competencia para expedir la disposición cuestionada, que el artículo acusado no está regulando los planes adicionales de salud, solo precisó el alcance del plan obligatorio de salud en relación con tales planes. Indicó que el artículo cuestionado hizo referencia no solo a los planes adicionales de salud sino también a los relacionados con accidentes de trabajo y enfermedad profesional para señalar que cuando el prestador de servicios identifique casos de coberturas de riesgos a cargo de otros planes distintos del obligatorio “[...] la tecnología en salud deberá ser asumida por estos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud, en los términos de la cobertura del plan y de la normatividad vigente [...]”.

35. Añadió que el actor confundió la noción de planes adicionales de salud con el de prestaciones no financiadas por el sistema general de seguridad social en salud. Los primeros, siguiendo el artículo 17 del Decreto núm. 806 de 1998, son beneficios adicionales a los que las personas tienen derecho por encontrarse afiliadas al sistema general de seguridad social en salud y su financiación corre a cargo exclusivamente de los particulares; los segundos son, siguiendo a su turno el artículo 154 de la Ley 1450 y la Ley 1751 de 16 de febrero de 2015¹³, actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías médicas que no pueden ser reconocidas con cargo a los recursos del citado sistema. Aclaró, en tal sentido, que:

“[...] Los Planes Adicionales de Salud con los que confunde el actor las prestaciones que no serán financiadas por el sistema, pueden contener diversos beneficios, sean coincidentes con las coberturas del POS pero en diferentes o mejores condiciones de prestación o no lo sean, como se desprende de las normas transcritas relativas a este aspecto (...) mencionar dentro de otros planes de beneficios, los “Planes Adicionales de Salud” no tiene nada que ver con la elaboración de la “lista de prestaciones que no serán financiadas por el Sistema”; máxime cuando teniendo competencia para ello, la CRES no lo hizo [...]”.

36. Afirmó, en lo que se refiere al cargo relacionado con la falsa motivación de la disposición cuestionada, que la motivación expuesta en el Acuerdo núm. 29 es suficiente para justificar la disposición acusada, en el entendido que aquella pretende que se usen racionalmente los servicios cubiertos en el plan obligatorio de salud para preservar los recursos del sistema general de seguridad social en salud así como la sostenibilidad del mismo “[...] hasta ordenar que cuando el

¹³ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

usuario contara con otros planes de beneficios, estos se utilizaran antes de acudir al POS [...]

37. Adicionó que el artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 2011 no limitó el derecho a la libre escogencia, pues el usuario bien puede acudir al plan particular, distinto del plan obligatorio de salud, y acudir a las instituciones que lo presten, siguiendo las reglas de sus contratos como lo indica el artículo 24 del Decreto núm. 806 de 1994.

38. Expresó en tal sentido que *"[...] [T]ampoco limita la libre escogencia de EPS o de IPS cuando superada la cobertura de su plan adicional, complementario, voluntario o de la clase que este sea, el afiliado continúe su atención en salud por cuenta del POS, al cual debe estar afiliado (...) antes de poder tomar un plan complementario, adicional o con cualquiera de las denominaciones que da el artículo 44 demandado [...]"*, pues el demandante olvidó que *"[...] los planes voluntarios de salud o complementarios, tienen elementos diferentes al POS, que superan las condiciones de su prestación a las que el estado está obligado; que por ser diferentes no pueden cubrirse con recursos estatales [...]"*.

39. Consideró, por lo expuesto, que en la medida en que el artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 2011 no reglamentó los planes de beneficios distintos del plan obligatorio de salud, nada se estableció en aquella norma en relación con la escogencia de los prestadores de salud contratados en tales planes, por lo que no existe la violación anotada. Agregó, asimismo, que *"[...] no es que la CRES haya violado la libertad de escoger entre el uso de otros planes de beneficios y el POS, que contenía el último inciso del artículo 18 del Decreto 806 de 1998, sino que en ejercicio del alcance de su facultad legal frente al uso del Plan Obligatorio de Salud, modificó esta norma en forma tácita [...]"*.

40. Argumentó, respecto de las acusaciones relacionadas con la expedición irregular de la disposición cuestionada, que, con fundamento en la sentencia T-760 de 2008, la participación ciudadana versaba *"[...] sobre las coberturas del POS pero no sobre decisiones de racionalidad de uso y otros lineamientos y definiciones que son inherentes a la[s] potestades reglamentarias de las entidades competentes por razones de razonabilidad [...]"*, luego el artículo demandado *"[...] al no referirse a contenidos del Plan Obligatorio de Salud, no debía someterse al proceso de participación ciudadana en estricto sentido ni bajo los lineamientos impuestos por la Corte Constitucional [...]"*.

41. Alegó que, en todo caso, para la expedición del Acuerdo núm. 28 de 2011 se surtió un proceso de participación ciudadana amplio e incluyente, reiterando que lo previsto en la norma acusada fue tomado del citado acuerdo, por lo que *"[...] su aparición no fue ni "inesperada" ni "intempestiva" [...]"*.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

I.3. Alegatos de conclusión

42. Mediante auto de 30 de septiembre de 2016¹⁴, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

43. El actor¹⁵ y el Ministerio de Salud y Protección Social¹⁶ presentaron sus alegaciones de conclusión en las cuales reiteraron la posición expuesta en sus escritos de demanda y contestación, respectivamente.

44. El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, agente del Ministerio Público mediante concepto núm. 00201 de 8 de noviembre de 2016¹⁷, estimó que debían “[...] prosperar parcialmente las pretensiones de la demanda [...]”.

45. Consideró que el problema jurídico que debía abordarse en este asunto, consistía en determinar si la Comisión de Regulación en Salud, con la expedición del “[...] acto administrativo (...) vulneró la Constitución y la ley, por 1) falta de competencia, 2) falsa motivación y, 3) expedición irregular [...]”.

46. Indicó que la disposición acusada “[...] establece un requisito previo en la atención en salud, y condiciona de manera restrictiva el servicio de salud, puesto que una vez que el usuario haga parte del Plan Adicional en Salud, le otorga la potestad al servicio de salud para que identifique los casos de cobertura total o parcial según sea el caso, toda vez que señala que la tecnología en salud deberá ser asumida por el PAS antes del cubrimiento que pueda prestar el Plan Obligatorio de Salud - POS- [...]”.

47. Así, encontró que si bien el artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, al enunciar las funciones de la Comisión de Regulación en Salud, dispuso que le correspondía a tal entidad, entre otras, la definición y modificación de los planes obligatorios de salud, tal disposición no le autorizaba para regular los planes adicionales de salud, toda vez que “[...] el artículo 7 de la Ley ibidem, describe cada una de sus funciones de manera detallada, sin que para ello, se evidencie una competencia regulatoria que permita a la CRES desarrollar nuevos beneficios dentro del Plan Obligatorio de Salud [...]”.

48. Añadió que el Decreto núm. 806 de 1998, al regular lo atinente a los planes adicionales de salud, estableció que el usuario de uno de tales planes podría elegir libre y espontáneamente si utiliza el plan obligatorio de salud o el plan

¹⁴ Fol. 212, C. Ppal.

¹⁵ Fol. 217-249, C. Ppal.

¹⁶ Fol. 214-216, C. Ppal.

¹⁷ Fol. 251-260, C. Ppal.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrían condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan. De esta forma, concluyó que la entidad **no** contaba con la competencia normativa para expedir el artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 2011.

49. Indicó que la disposición acusada se encontraba falsamente motivada puesto que “[...] *el acto demandado, no contaba con los requisitos legales de hecho y de derecho que permitan expedir la norma del acuerdo demandado [...]*”, pero no encontró probada la expedición irregular del mismo, toda vez que no se acreditó ninguna anomalía sustancial en su proceso de formación, pues “[...] *si bien es cierto que el actor alude la omisión de la entidad en la participación de los ciudadanos en este aspecto, también es cierto que no logró probar que la inclusión del artículo 44 del Acuerdo 029 de 2011 no hubiese estado a consideración de la colectividad en general [...]*”.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

50. Esta Sala de Decisión, para pronunciarse respecto de los argumentos de la demanda abordará: **i)** su competencia; **ii)** la cuestión previa; **iii)** el acto administrativo acusado; **iv)** el problema jurídico; **v)** el caso concreto; y **vi)** las conclusiones.

II.1. La competencia

51. La Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en los términos del numeral 1¹⁸ del artículo 128 del CCA, aplicable en los términos del artículo 308 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011.

II.2. Cuestión previa

52. En lo que respecta al análisis de legalidad del cual se debe ocupar la Sala, es del caso precisar que el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, fue objeto de derogatoria, en los términos del artículo 137 de la Resolución 5521 de 2013¹⁹, hecho que en todo caso no impide el examen de legalidad aquí planteado a efectos de estudiar los reproches endilgados y sus efectos mientras estuvo vigente.

¹⁸ “[...] 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden [...]”.

¹⁹ Esta Resolución a su vez fue derogada por el artículo 138 de la Resolución 5592 de 2015.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

II.3. El acto administrativo acusado

53. La disposición acusada es el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011, expedida por la Comisión de Regulación en Salud, cuyo contenido es del siguiente tenor:

"[...] ARTÍCULO 44. OTROS PLANES DE BENEFICIOS. Cuando el prestador del servicio identifique casos de cobertura parcial o total, por Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, Plan de Salud de Intervenciones Colectivas, Planes Voluntarios de Salud y en general con los contenidos de cobertura de riesgos a cargo de otros planes, la tecnología en salud deberá ser asumida por éstos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud, en los términos de la cobertura del plan y la normatividad vigente [...]"

II.4. El problema jurídico

54. La Sala considera que el problema jurídico que debe resolverse consiste en determinar si el artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 28 de diciembre de 2011 **i)** fue expedido por la Comisión de Regulación en Salud sin competencia para ello; **ii)** está falsamente motivado; **iii)** desconoció las normas que le han debido servir de fundamento y **iii)** fue expedido irregularmente.

II.5. El caso concreto

II.5.1. La falta de competencia de la Comisión de Regulación en Salud para expedir el artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 28 de diciembre de 2011

55. El actor estimó, en primer lugar, que la Comisión de Regulación en Salud no tenía competencia para expedir lo dispuesto en el artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 2011 puesto que, dentro de las funciones asignadas a dicha comisión en el artículo 7° de la Ley 1122, no se encuentra la de reglar asuntos relativos a los planes adicionales en salud.

56. Manifestó, en segundo lugar, que la Comisión de Regulación en Salud invadió la competencia que le fue asignada a la Superintendencia Nacional de Salud, en el artículo 38 de la Ley 1438, para pronunciarse respecto del contenido y tarifas de los planes voluntarios de salud de las entidades promotoras de salud y las entidades de medicina prepagada.

57. Aseveró, en tercer lugar, que la Comisión de Regulación en Salud desconoció la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 numeral 11° de la Carta Política y que está en cabeza del ejecutivo puesto que el artículo 154 de la Ley 1450 previó, para el caso de las prestaciones no financiadas por el sistema general de seguridad social en salud, que en su concepto corresponden a aquellas proporcionadas por mecanismos de cobertura distintas de los sistemas



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

contributivo y subsidiado, que mientras el gobierno nacional no reglamentara la materia, subsistirían las disposiciones reglamentarias vigentes.

58. El Ministerio de Salud y Protección Social, a su turno, adujo que el contenido del Acuerdo núm. 29 de 2011 se expidió por la Comisión de Regulación en Salud en consonancia con el campo de acción delimitado por la ley, en particular en el artículo 7° de la Ley 1122 y en el artículo 25 de la Ley 1438, y de acuerdo con los parámetros definidos por la Corte Constitucional en el artículo décimo séptimo de la Sentencia T-760 de 2008, en relación con la actualización de los planes obligatorios de salud.

59. Agregó, además, que la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, frente a los planes voluntarios de salud, se limita a aprobar su contenido y los contratos de servicios que suscribirá la respectiva entidad y la persona interesada. Que, en todo caso, la disposición acusada no regula los planes adicionales de salud sino que precisa el alcance del plan obligatorio de salud con relación a dichos planes.

60. Destacó, asimismo, que el Acuerdo núm. 029 de 28 diciembre de 2011 no pretendió reglamentar el artículo 154 de la Ley 1450, norma relativa a las prestaciones no financiadas por el sistema general de seguridad social en salud.

61. Inicialmente y para examinar esta censura es del caso, precisar lo que esta Corporación²⁰ puntualizó:

"[...] la competencia es un concepto que se refiere a la titularidad de una determinada potestad, la cual es fijada por el ordenamiento jurídico, toda vez que es el propio derecho el que prescribe el modo, forma y condiciones de producción de las normas jurídicas y su ejercicio por parte de los órganos públicos. De lo anterior deviene que la competencia es expresa²¹, por lo que debe estar prescrita en la ley, lo que implica que no se presume, ni puede deducirse por analogía; es improrrogable, esto es, que no puede ser renunciada ni extendida, sea por acuerdo entre particulares o entre ellos y la administración, y es indelegable, lo que significa que las autoridades no pueden despojarse de una atribución, sino por autorización expresa de la ley. De observarse lo anterior, se tendrá que la competencia ejercida o atribuida se cumplió de forma adecuada; en caso contrario, el acto jurídico producido estaría afectado de un vicio invalidante que acarrea su nulidad²² [...]"

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. C.P. Luis Alberto Álvarez Parra. Sentencia de 17 de junio de 2021. Radicación núm. 11001-03-28-000-2020-00009-00 (2020-00025-00 Y 2020-00030-00). Actor: Néstor Arnulfo García Parrado y Otros.

²¹ "Frecuentemente se compara a la competencia de los órganos administrativos con la capacidad de los sujetos privados de derecho: En ambos se estaría señalando una aptitud de obrar, la medida de las actividades que el órgano o el sujeto pueden legalmente ejercer. Sin embargo, es importante destacar que mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla y por lo tanto se presume en la medida que una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente". Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo* tomo II. pag 183

²² "En la estructura dogmática de los vicios invalidantes la falta de competencia se ubica como un vicio externo al acto, toda vez que es alrededor del sujeto activo que expidió la decisión el eje sobre el que gravita el debate jurídico en orden a determinar si es éste al que el ordenamiento le ha reconocido la aptitud para actuar como legítimo portador de la voluntad estatal, concretamente como autoridad normativa, y le faculta para dictar actos de naturaleza administrativa creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas o de carácter general, en tanto manifestación de poder reglamentario".



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

62. En el presente asunto, lo que está en discusión es si la Comisión de Regulación en Salud tenía competencia por la materia del asunto, esto es, en relación con:

"[...] la naturaleza o índole de los diferentes asuntos sobre los cuales ha de ejercerse la autoridad o potestad pública de que se está investido [...] La materia tiene una correspondencia directa con el contenido de las funciones, tanto que podemos decir que la materia de la respectiva competencia es la que se indica o describe en las funciones, también llamadas atribuciones [...]"²³.

63. La Comisión de Regulación en Salud expidió el Acuerdo núm. 029 de 2011 en ejercicio de las facultades legales conferidas, especialmente, en el artículo 7° numeral 1° de la Ley 1122; y en atención a lo ordenado por el artículo 25 de la Ley 1438 y la Sentencia T-760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional.

64. La Ley 1122 realizó algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictaron otras disposiciones. En efecto, el objeto de esta ley, señalado en el artículo 1°, fue realizar ajustes a este sistema:

"[...] teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de, inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud. [...]"

65. El artículo 7° de la Ley 1122 estableció las funciones asignadas a la Comisión de Regulación en Salud, dentro de las que se encuentra, entre otras, "[...] 1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Régimenes Contributivo y Subsidiado [...]"

66. La Ley 1438 reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictaron otras disposiciones. El objeto de esta ley, conforme el artículo 1°, fue fortalecer este sistema:

"[...] a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país (...) Se incluyen disposiciones para establecer la unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes, la universalidad del aseguramiento y la garantía de portabilidad o



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, en un marco de sostenibilidad financiera [...]

67. El artículo 25 de la Ley 1438, señaló que:

[...] ARTÍCULO 25. ACTUALIZACIÓN DEL PLAN DE BENEFICIOS. El Plan de Beneficios deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios.

Las metodologías utilizadas para definición y actualización del Plan de Beneficios deben ser publicadas y explícitas y consultar la opinión, entre otros, de las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, organizaciones de profesionales de la salud, de los afiliados y las sociedades científicas, o de las organizaciones y entidades que se consideren pertinentes.

El Plan de Beneficios sólo podrá ser actualizado por la autoridad administrativa competente para ello.

PARÁGRAFO. *El Plan de Beneficios deberá actualizarse de manera integral antes del primero (1º) de diciembre de 2011 [...]*

68. La Corte Constitucional profirió la Sentencia T-760 de 2008 y en ella ordenó, entre otras cosas, en el artículo décimo séptimo de su parte resolutive, que:

[...] Décimo séptimo.- Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Para el cumplimiento de esta orden la Comisión deberá garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2.). En dicha revisión integral deberá: (i) definir con claridad cuáles son los servicios de salud que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de ley así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) establecer cuáles son los servicios que están excluidos así como aquellos que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (iii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, en aras de una mayor protección de los derechos, según las prioridades en materia de salud; y (iv) tener en cuenta, para las decisiones de incluir o excluir un servicio de salud, la sostenibilidad del sistema de salud así como la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación.

En la definición de los contenidos del POS deberá respetarse el principio de integralidad en función de los servicios de salud ordenados y de la atención requerida para las patologías aseguradas.

Los nuevos planes de beneficios de acuerdo con lo señalado antes deberán adoptarse antes de febrero uno (1) de 2009. Antes de esa fecha los planes serán remitidos a la Corte Constitucional y serán comunicados a todas las entidades Promotoras de Salud para que sea aplicado por todos los Comités Técnico Científicos de las EPS. Este plazo podrá ampliarse si la Comisión de



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

Regulación en Salud, CRES, expone razones imperiosas que le impidan cumplir con esta fecha, la cual, en ningún caso podrá ser superior a agosto 1 de 2009.

En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada el 1° de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el cual deberá garantizar también la participación directa de la comunidad médica y de los usuarios [...].

69. De los fundamentos normativos y jurisprudenciales que sustentaron la expedición del Acuerdo núm. 029 de 2011 es posible deducir que son dos las competencias asignadas a la Comisión de Regulación en Salud: **i)** definir y modificar los planes obligatorios de salud que las entidades promotoras de salud deben garantizar a sus afiliados en los regímenes contributivo y subsidiado y **ii)** actualizar integralmente los planes obligatorios de salud bajo los criterios señalados en la ley y en la Sentencia T-760 de 2008.

70. La Comisión de Regulación en Salud, acorde con las competencias anteriores, expidió el Acuerdo núm. 029 de 2011, que tendría por objeto:

"[...] ARTÍCULO 1. OBJETO Y AMBITO DE APLICACIÓN. El presente Acuerdo tiene como objeto la definición, aclaración y actualización integral del Plan Obligatorio de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado, que deberá ser aplicado por las entidades promotoras de salud y los prestadores de servicios de salud a los afiliados. El Plan Obligatorio de Salud se constituye en un instrumento para el goce efectivo del derecho a la salud y la atención en la prestación de las tecnologías en salud que cada una de estas entidades garantizará a través de su red de prestadores, a los afiliados dentro del territorio nacional y en las condiciones de calidad establecidas por la normatividad vigente. [...]."

71. Ahora bien, el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011, indicó que en los eventos en que se identifiquen coberturas parciales y totales de planes de beneficios distintos del plan obligatorio de salud - dentro de los que se mencionan los planes voluntarios de salud -, la tecnología en salud deberá ser asumida por tales planes antes del cubrimiento por el plan obligatorio.

72. Esta regulación, como puede observarse, va más allá de la definición, modificación y actualización de los planes obligatorios de salud, competencia que le fue asignada a la Comisión de Regulación en Salud en los artículos 7° numeral 1° de la Ley 1122 y 25 de la Ley 1438, así como en la Sentencia T-760 de 2008, al punto que aborda planes de beneficios distintos de aquellos - los planes obligatorios de salud - obligando al prestador de servicios a que, en caso de coexistencia entre estos, la tecnología en salud se cubra inicialmente, total o parcialmente, por esos otros planes de beneficios distintos de los obligatorios, razón por la que la Comisión de Regulación en Salud **no** tenía competencia para normar tal materia.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

73. Ahora bien, en cuanto a la posición del actor consistente en que la materia regulada en el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 2011 era de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, por virtud del artículo 38 de la Ley 1438, se tiene que los artículos 37 y 38 de esta ley, establecen que:

[...] ARTÍCULO 37. PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD. Sustitúyase el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente texto:

"Artículo 169. Planes Voluntarios de Salud. Los Planes Voluntarios de Salud podrán incluir coberturas asistenciales relacionadas con los servicios de salud, serán contratados voluntariamente y financiados en su totalidad por el afiliado o las empresas que lo establezcan con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias o el subsidio a la cotización.

La adquisición y permanencia de un Plan Voluntario de Salud implica la afiliación previa y la continuidad mediante el pago de la cotización al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Tales Planes podrán ser:

169.1 Planes de atención complementaria del Plan Obligatorio de Salud emitidos por las Entidades Promotoras de Salud.

169.2 Planes de Medicina Prepagada, de atención prehospitalaria o servicios de ambulancia prepagada, emitidos por entidades de Medicina Prepagada.

169.3 Pólizas de seguros emitidos por compañías de seguros vigiladas por la Superintendencia Financiera.

169.4 Otros planes autorizados por la Superintendencia Financiera y la Superintendencia Nacional de Salud".

ARTÍCULO 38. APROBACIÓN DE PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD. La aprobación de los Planes Voluntarios de Salud y de las tarifas, en relación con las Entidades Promotoras de Salud y las entidades de medicina prepagada, estarán a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, la cual registrará los planes, en un plazo no superior a treinta (30) días calendario y realizará verificación posterior. El depósito de los planes se surtirá ante la Superintendencia Nacional de Salud [...]."

74. La competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, en relación con los planes voluntarios de salud, siguiendo el citado artículo 38 de la Ley 1438, se limita a la aprobación de los planes y sus tarifas, por lo que no es a esta entidad a la que le corresponde adoptar la materia regulada en el mencionado artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011, en todo caso, se reitera, tampoco estaba asignada a la Comisión de Regulación en Salud.

75. Finalmente, la Sala encuentra que el Acuerdo núm. 029 de 2011 no reglamentó lo relativo a las prestaciones no financiadas por el sistema general de seguridad social en salud, materia contenida en el artículo 154 de la Ley 1450²⁴.

²⁴ *"[...] ARTÍCULO 154. PRESTACIONES NO FINANCIADAS POR EL SISTEMA. Son el conjunto de actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías médicas que no podrán ser reconocidas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el listado que elabore la Comisión de Regulación en Salud –CRES–. Esta categoría incluye las prestaciones suntuarias, las*



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

76. La norma acusada plantea una cuestión distinta y es la confluencia y coincidencia total o parcial, frente a servicios de salud requeridos por los usuarios, entre los planes obligatorios de salud y otros planes de beneficios -entre los que se encuentran los planes adicionales de salud a los que alude el actor-, caso en el cual se le obliga al prestador de tales servicios a que los cargue, inicialmente, a esos otros planes de beneficios y no al plan obligatorio de salud, de lo cual puede deducirse que nos encontramos ante servicios que sí pueden ser financiados por el sistema general de seguridad social en salud.

77. No sobra advertir, como lo hace el Ministerio de Salud y Protección Social, que los planes adicionales de salud pueden contemplar servicios de salud incluidos en el mencionado artículo 154 de la Ley 1450 como prestaciones no financiadas por el sistema, caso en el cual la norma señalada no tendría aplicación alguna puesto que la disposición acusada parte de un supuesto contrario y es, se insiste, que hay coincidencia y confluencia entre el plan obligatorio de salud y, entre otros, el plan voluntario de salud, razón por la cual se considera que no hubo abuso de la potestad reglamentaria del ejecutivo.

II.5.2. La falsa motivación en la expedición del artículo 44 del Acuerdo núm. 29 de 28 de diciembre de 2011

78. La parte demandante estimó que la motivación para la expedición del Acuerdo núm. 29 de 2011 no es coherente ni se corresponde con el contenido de su artículo 44, puesto que los razonamientos empleados por la autoridad administrativa para expedir el acto administrativo estaban dirigidos a cumplir lo señalado en el artículo 25 de la Ley 1438 y lo ordenado por la Corte Constitucional en el artículo décimo séptimo de la parte resolutive de la Sentencia T-760 de 2008, en lo atinente a la actualización del plan obligatorio de salud.

79. Adujo, de esta forma, que el artículo 44 se encontraría falsamente motivado puesto que la Comisión de Regulación en Salud no podía, con el pretexto de estar actualizando el contenido del plan obligatorio de salud, regular aspectos propios de otra temática como lo son los planes adicionales de salud.

80. El Ministerio de Salud y Protección Social, por su parte, aseveró que la motivación esbozada en el Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011 era suficiente para justificar la expedición del artículo 44 puesto que aquella disposición estableció una regla para el uso racional de los servicios cubiertos en el plan obligatorio de salud y la preservación de su sostenibilidad.

exclusivamente cosméticas, las experimentales sin evidencia científica, aquellas que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano y las que no sean propias del ámbito de la salud. Los usos no autorizados por la autoridad competente en el caso de medicamentos y dispositivos continuarán por fuera del ámbito de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Mientras el Gobierno Nacional no reglamente la materia, subsistirán las disposiciones reglamentarias vigentes [...]". Norma derogada por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

81. Esta Corporación²⁵, en lo que guarda relación con la motivación de los actos administrativos y el vicio de falsa motivación, precisó:

"[...] los actos administrativos deben estar motivados expresando las disposiciones normativas y las razones de hecho que dieron lugar a la decisión que se adopta. Al respecto, no puede olvidarse que todo acto administrativo tiene un móvil o motivo determinante para su expedición, esto es, ha estado precedido de unas circunstancias de hecho o de derecho que deben incluirse dentro de su texto. Así, la motivación se convierte en un elemento fundamental para determinar las causas que impulsaron a la administración a manifestar su voluntad.

Para establecer si se incurre en esta causal de nulidad del acto administrativo, se hace necesario examinar los antecedentes fácticos y jurídicos del mismo, para llegar a concluir que existe una incongruencia entre los motivos invocados por el funcionario y la decisión final. Así, habrá falsa motivación cuando al analizar el acto administrativo se evidencia la divergencia entre la realidad fáctica y/o jurídica con los motivos esgrimidos en el acto administrativo.

Desde hace varios años esta Corporación ha manifestado que para que haya lugar a la declaración de falsa motivación "es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la decisión tomada"²⁶.

Adicionalmente la jurisprudencia, en lo relativo a la revisión judicial de la falsa motivación de un acto administrativo, ha señalado que quien aduce que se ha presentado dicha causal "tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos"²⁷ [...].

82. La Comisión de Regulación en Salud esgrimió los siguientes motivos para la expedición del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011:

"[...] LA COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD (...) En ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le confieren el numeral 1 del Artículo 7º de la Ley 1122 de 2007, y en atención a lo ordenado por el Artículo 25º de la Ley 1438 de 2011 y la Sentencia T-760 de 2008 de la Honorable Corte Constitucional,

CONSIDERANDO

Que mediante el Acuerdo 028 de 2011 la Comisión de Regulación en Salud definió, aclaró y actualizó integralmente el Plan Obligatorio de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011, y lo estipulado por la Honorable Corte Constitucional en la Orden Décimo

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P. Milton Cheves García. Sentencia de 13 de diciembre de 2017. Radicación número: 25000-23-37-000-2015-00047-01(22658), Actor: ISAGÉN S.A. E.S.P.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 21 de junio de 1989, C.P. Álvaro Lecompte Luna.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de octubre de 1999, expediente: 3.443, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

Séptima de la Sentencia T-760 de 2008, en los términos y condiciones señaladas en dicha Sentencia.

Que para la expedición del Acuerdo 28 de 2011 se surtió un proceso amplio e incluyente de participación ciudadana de conformidad con lo establecido en la Ley 1438 de 2010 y la orden Décimo Séptima de la Sentencia T-760 de 2008.

Que el citado Acuerdo 028 de 2011 estableció que su entrada en vigencia se produciría a partir del 1° de enero de 2012.

Que una vez expedido y publicado el Acuerdo 028 de 2011, la Comisión de Regulación en Salud a través del sitio web oficial www.cres.gov.co, abrió un espacio del 5 al 21 de diciembre de 2011 con el fin de que se remitieran comentarios, observaciones y aportes a dicho Acuerdo con el propósito de analizarlas y hacer las correcciones que fueren pertinentes.

Que una vez analizados los comentarios, observaciones y aportes presentados por diferentes entidades y personas se considera procedente la realización de algunas modificaciones y correcciones al contenido del Acuerdo 028 de 2011 con el fin de procurar la mayor precisión posible del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

Que la actualización y aclaración del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado es parte de un proceso dinámico, sistemático, participativo, continuo y permanente para el cual se han establecido metodologías y procesos técnicos que garantizan que los planes obligatorios de salud respondan a las necesidades de los afiliados, teniendo en cuenta su financiación con la Unidad de Pago por Capitación, la sostenibilidad financiera del Sistema y los recursos existentes en el país.

Que con el fin de facilitar la labor de interpretación normativa por parte de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha considerado pertinente la expedición integral de un nuevo cuerpo normativo que sustituya en su integridad el Acuerdo 028 de 2011.

Que se cuenta con el pronunciamiento de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial – Comisión de Regulación en Salud, en el cual se conceptúa que el texto del presente Acuerdo se encuentra ajustado a derecho [...].”

83. La motivación para la expedición del acto administrativo del cual hace parte la disposición cuestionada, tanto normativa como fáctica, se centró en la actualización del plan obligatorio de salud que, inicialmente se realizó a través del Acuerdo núm. 028 de 2011, pero que, una vez analizados los comentarios, observaciones y aportes de la ciudadanía en general frente a éste, la autoridad administrativa estimó necesario sustituirlo por un nuevo precepto, actualización prevista en el artículo 25 de la Ley 1438 y ordenada en la Sentencia T-760 de 2008.

84. La Sala encuentra, con vista en el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 2011, que los motivos aducidos en la parte considerativa del acuerdo no sirven de fundamento ni justifican la expedición de la mencionada disposición normativa.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

85. Como se señaló anteriormente, el citado artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 2011, desbordó el objeto de definir, modificar y actualizar los planes obligatorios de salud, pues además de ocuparse de otros planes de beneficios, le entregó al prestador de servicios la facultad para que, en caso de coexistencia de planes, determinara su cubrimiento total o parcialmente y la atención con tales planes diferentes del obligatorio, lo que evidencia que el Acuerdo núm. 029 de 2011, en lo que toca con la expedición del artículo 44, se encuentra falsamente motivado.

II.5.3. La infracción de las normas en que ha debido fundarse el acto administrativo

86. El actor, bajo el acápite “[...] 2.2. DESCONOCIMIENTO DE LA DINÁMICA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD AL INTRODUCIR DISTORCIONES QUE AFECTAN LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS, EN PARTICULAR EL SEÑALADO POR EL ARTÍCULO 18 DEL DECRETO 806 DE 1998. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE ESCOGENCIA [...]”, el cual ubicó como un vicio asociado a la motivación de la disposición acusada, alegó que se había desconocido el principio de libertad de escogencia previsto, entre otras disposiciones, en el artículo 18 del Decreto 806 de 1998.

87. Subrayó que la libertad de escogencia es un derecho de los afiliados y una de las características básicas del sistema general de seguridad social en salud, siguiendo los artículos 156²⁸ y 159²⁹ de la Ley 100 de 1993 y los artículos 18³⁰ y 19³¹ del Decreto núm. 806 de 199, citando, además, las sentencias T-010 y T-011 de 2004.

88. Apuntó, con base en la normatividad señalada, que al usuario se le reconoce el derecho a escoger entre las entidades promotoras de salud, las empresas de medicina prepagada y las instituciones prestadoras de servicios de salud cuando esto sea posible según las condiciones de oferta de servicios.

²⁸ “[...] ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características: (...) g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas [...]”.

²⁹ “[...] ARTÍCULO 159. GARANTÍAS DE LOS AFILIADOS. Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos: (...) 3. La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley (...) 4. La escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios [...]”.

³⁰ “[...] ARTÍCULO 18. DEFINICIÓN DE PLANES ADICIONALES DE SALUD, PAS. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria. El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias. El usuario de un PAS podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan [...]”.

³¹ “[...] ARTÍCULO 19. TIPOS DE PAS. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los siguientes PAS: 1. Planes de atención complementaria en salud. 2. Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general. 3. Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general. PARAGRAFO. Las entidades que ofrezcan planes adicionales deberán mantener su política de descuentos con el usuario mientras éste se encuentre vinculado a la institución, siempre que no se modifiquen las condiciones que dan origen al descuento [...]”.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

89. Advirtió, de lo expuesto, que la disposición acusada desconoce abiertamente tal derecho al disponer que cuando el prestador del servicio de salud identifique coberturas parciales o totales deberá afectarse, en primera medida, los planes de cobertura diferente al plan obligatorio de salud antes de acudir a éste, puesto que el citado artículo 18 del Decreto núm. 806 de 1998, en contrario, señala que el usuario de un plan adicional de salud podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el plan obligatorio de salud o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrían condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

90. El Ministerio de Salud y Protección Social, por el contrario, argumentó que la norma acusada no limitaba el derecho a la libre escogencia, puesto que i) el usuario bien podía usar su plan particular distinto del plan obligatorio de salud y acudir a cualquiera de las entidades que lo preste, conforme a las reglas de los contratos suscritos y en virtud de lo establecido en el artículo 24 del Decreto núm. 806 de 1994; y, ii) superada la cobertura del plan adicional, complementario, voluntario o de otra índole, el usuario continuaría su atención en salud por cuenta del plan obligatorio de salud, al cual debe estar afiliado para tener acceso a alguno de los planes de beneficios a los que se refiere la disposición cuestionada.

91. Remarcó que el artículo enjuiciado no podía hacer referencia a la escogencia entre los prestadores de salud contratados bajo las modalidades mencionadas puesto que no estaba reglamentando tales planes de beneficios.

92. La Sala, inicialmente, destaca que la Ley 100 estableció, en el artículo 153 - modificado por el artículo 3 de la Ley 1438-, el principio de libre escogencia, consistente en que “[...] 3.12 Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios **libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo** [...]”.

93. Igualmente, el artículo 156 literal g) de la Ley 100, prevé como una de las características del sistema general de seguridad social en salud, la consistente en “[...] g) Los afiliados al sistema **elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud** recibirá una Unidad de Pago por Capitación - UPC - que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud [...]”.

94. Además, el artículo 159 numeral 3° de la citada Ley 100 señala, como una de las garantías de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud, “[...] 3. **La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud**, sea la modalidad de afiliación de individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en la ley [...]”.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

95. La Corte Constitucional, en lo que toca con este principio, en la Sentencia T-519 de 2014, subrayó que “[...] el principio de libertad de escogencia es una característica del Sistema de Seguridad Social en Salud, que constituye, no solamente una garantía para los usuarios sino que también es un derecho, y que como tal, debe ser garantizado por el Estado³². De tal modo que “la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno”.³³[...]”.

96. Se puede colegir, del contenido de las mencionadas normas, que el derecho de libre escogencia tiene unos contornos definidos que no pueden ser trasladados al ámbito de los planes adicionales de salud, como lo hizo el actor.

97. Es así como el artículo 169 de la Ley 100, norma modificada por el artículo 37 de la Ley 1438, previó la existencia de planes complementarios de salud ofrecidos por las entidades promotoras de salud y financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos de las cotizaciones obligatorias o el subsidio a la cotización, los cuales pueden ser:

“[...] 169. Planes de atención complementaria del Plan Obligatorio de Salud emitidos por las Entidades Promotoras de Salud (...) 169.2 Planes de Medicina Prepagada, de atención prehospitalaria o servicios de ambulancia prepagada, emitidos por entidades de Medicina Prepagada (...) 169.3 Pólizas de seguros emitidos por compañías de seguros vigiladas por la Superintendencia Financiera (...) 169.4 Otros planes autorizados por la Superintendencia Financiera y la Superintendencia Nacional de Salud [...]”

98. Con anterioridad, la Ley 10 de 1990³⁴ le había otorgado facultades de intervención al Estado para que, entre otros asuntos referidos al servicio público de salud, procediera a “[...] k. Dictar las normas sobre la organización y funcionamiento de los servicios de medicina prepagada, cualquiera que sea su modalidad, especialmente sobre su régimen tarifario y las normas de calidad de los servicios, así como en relación con el otorgamiento del mismo tipo de servicios por las instituciones de seguridad y previsión social, cuya inspección, vigilancia y control estarán a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud [...]”, lo cual realizó, entre otras normas, en el citado Decreto núm. 806 de 1998.

99. El artículo 18 del Decreto núm. 806 de 1998, señaló que los planes adicionales de salud corresponden a un “[...] conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatorio (...) El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no

³² Sentencia T-745 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³³ Sentencia T-770 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

³⁴ “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.”



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
 Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
 Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades inspección y vigilancia que le son propias [...]", señalando, en el artículo 19, que constituían planes adicionales de salud, los "[...] 1. Planes de atención complementaria en salud (...) 2. Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general (...) 3. Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general [...]".

100. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³⁵, subrayó como características de los mencionados planes adicionales de salud i) "[...] **su carácter opcional y voluntario** [...]"; ii) "[...] el hecho de que **su costo debe ser asumido directamente por el interesado sin que pueda financiarse con la cotización obligatoria de salud**, bien del régimen general, bien de los regímenes excepcionales [...]"; y, iii) "[...] **su complementariedad respecto de los planes obligatorios de salud**, al punto que no puede ser sustitutivos ni reemplazantes de estos últimos [...]".

101. El actor, de esta forma, no puede pretender la aplicación del principio de libertad de escogencia a eventos no previstos en los artículos 153, 156 y 159 de la Ley 100 de 1993, normas a las que aludió en su acusación, no obstante, el cargo plantea no solo un desconocimiento del principio de libertad de escogencia sino, adicionalmente, una contradicción entre el citado artículo 18 del Decreto núm. 806 de 1998 y el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 2011 que será abordado a continuación.

102. La Sala advierte que el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de 2011, en efecto, al referirse a "[...] OTROS PLANES DE BENEFICIOS [...]" mencionó, entre otros, los "[...] Planes Voluntarios de Salud [...]", por lo que resulta aplicable el artículo 18 del Decreto núm. 806 de 1998 en lo que se refiere a dichos planes y su contrastación se realiza de la siguiente manera:

Artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 2011 (norma acusada)	Artículo 18 del Decreto núm. 806 de 1998
ARTÍCULO 44. OTROS PLANES DE BENEFICIOS. Cuando el prestador del servicio identifique casos de cobertura parcial o total, por Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, Plan de Salud de Intervenciones Colectivas, Planes Voluntarios de Salud y en general con los contenidos de cobertura de	ARTÍCULO 18. Definición de Planes Adicionales de Salud, PAS. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria. El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son

³⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. William Zambrano Cetina. Consulta de 8 de abril de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00007-00 (1986). Actor: Ministerio de Educación Nacional.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

riesgos a cargo de otros planes, la tecnología en salud deberá ser asumida por éstos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud, en los términos de la cobertura del plan y la normatividad vigente.

propias.

El usuario de un PAS podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

103. Del contenido de las normas anteriores, se evidencia una contradicción consistente en que el citado artículo del Decreto núm. 806 de 1998, señala que “[...] *El usuario de un PAS podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan [...]*”, mientras que el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011 obliga al prestador del servicio, en el caso en el que identifique casos de cobertura parcial o total derivados, entre otros, de los planes voluntarios de salud, a cargar la tecnología en salud, inicialmente, a esos otros planes de beneficios, antes de acudir al plan obligatorio de salud, sin tener en cuenta la voluntad del usuario, siendo la disposición acusada, en lo que se refiere a los planes voluntarios de salud, violatoria del citado artículo 18 del Decreto núm. 806 de 1998.

II.5.4. La expedición irregular

104. El actor argumentó que el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de 2011 no había sido proferido conforme con las normas que regulan su expedición puesto que, en su concepto, la inclusión del contenido tratado en dicha disposición legal fue intempestiva, sorpresiva e inesperada y, en tal medida, no surtió el proceso de concertación de la propuesta normativa ante la ciudadanía.

105. El Ministerio de Salud y Protección Social estimó que el proceso de participación ciudadana ordenado en la Sentencia T-760 de 2008 se centraba en las coberturas del plan obligatorio de salud y no involucraba las decisiones de racionalidad de uso y otras definiciones que, en su concepto, son inherentes a las potestades reglamentarias de las entidades competentes y, en la medida en que el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011 no se refiere precisamente a los contenidos del plan obligatorio de salud, no debía someterse al proceso de participación ciudadano.

106. Sin embargo, anotó que el Acuerdo núm. 028 de 2011 fue sometido a un amplio proceso de participación ciudadana que antecedió a su expedición y que, una vez entró en vigor, fue objeto de un proceso de socialización, nuevamente, con la participación de la ciudadanía que dio lugar a la expedición del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011, con el cual se procuró tener mayor precisión en relación con los contenidos del plan obligatorio de salud de los regímenes subsidiado y contributivo.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

107. Destacó, además, que el artículo 44 del Acuerdo núm. 028 de 2011 fue adoptado sin cambio alguno en el Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011, razón por la que no podía considerarse que la adopción de lo contenido en tal artículo haya sido inesperada e intempestiva.

108. La Sala³⁶, a propósito de la expedición irregular de los actos administrativos, ha indicado que:

"[...] la expedición irregular como causal de nulidad se configura cuando se desconocen las normas que regulan los requisitos o procedimientos para la expedición del acto administrativo, que incluye tanto las etapas previas como los requisitos necesarios para su formación.

Sobre este particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado lo siguiente:

"[L]a existencia de un procedimiento previo, enderezado a la expedición de un acto administrativo, se ha entendido tradicionalmente como propia y necesaria para las decisiones que se dirigen a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, es decir, con efectos que recaen sobre intereses o derechos individuales, personales, particulares, de manera directa; y es por ello que aún en el ámbito de la actuación administrativa, resulta aplicable el principio constitucional del debido proceso (art. 29), que implica para las autoridades el deber de obrar en virtud de competencias legalmente otorgadas, conforme a leyes preexistentes, y con la plenitud de las formas propias de cada procedimiento, con miras a garantizar a los destinatarios de sus decisiones el derecho de audiencia y de defensa, mediante la posibilidad de participar en las actuaciones previas a la expedición de la respectiva decisión, permitiéndoles aportar y controvertir pruebas y hacer las manifestaciones que consideren necesarias para la correcta formación del juicio de la Administración antes de decidir.

[...]

Consecuentemente, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma³⁷ (negrillas fuera de texto).

Así pues, para que se configure la nulidad por expedición irregular del acto administrativo debe existir una norma o disposición superior que establezca unos requisitos formales, cuyo incumplimiento se aduce como causal de anulación [...]"

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 20 de junio de 2019. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Referencia: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicación: 250002324000 2009 00156 01.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Radicado: 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832). C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Actor: Consuelo Acuña Traslaviña.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

109. Siguiendo las consideraciones esbozadas por la Comisión de Regulación en Salud, para expedir el Acuerdo núm. 029 de 2011, se tiene que dicha comisión expidió el Acuerdo núm. 028 de 2011, a través del cual dio cumplimiento al artículo 25 de la Ley 1438 y a lo ordenado en el artículo décimo séptimo de la parte resolutive de la Sentencia T-760 de 2008, norma a través de la cual se definió, aclaró y actualizó integralmente el plan obligatorio de salud del sistema general de seguridad social en salud.

110. El artículo 25 de la Ley 1438 de 2011 estableció que el plan de beneficios debería ser actualizado integralmente cada dos (2) años teniendo los factores allí señalados, destacando que “[...] Las metodologías utilizadas para [la] definición y actualización del Plan de Beneficios deben ser publicadas y explícitas y consultar la opinión, entre otros, de las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, organizaciones de profesionales de la salud, de los afiliados y las sociedades científicas, o de las organizaciones y entidades que se consideren pertinentes [...]”.

111. De otra parte, la Sentencia T-760 de 2008, en el artículo décimo séptimo de su parte resolutive ordenó a la “[...] Comisión Nacional de Regulación en Salud [...]” la actualización integral de los planes obligatorios de salud y para el cumplimiento de tal orden, le indicó a la autoridad administrativa que debía “[...] garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2) [...]”.

112. La Comisión de Regulación en Salud, una vez expedido el citado acuerdo – Acuerdo núm. 028 de 2011–, aseveró que:

“[...] a través del sitio web oficial www.cres.gov.co, abrió un espacio del 5 al 21 de diciembre de 2011 con el fin de que se remitieran comentarios, observaciones y aportes a dicho Acuerdo con el propósito de analizarlas y hacer las correcciones que fueren pertinentes.

Que una vez analizados los comentarios, observaciones y aportes presentados por diferentes entidades y personas se considera procedente la realización de algunas modificaciones y correcciones al contenido del Acuerdo 028 de 2011 con el fin de procurar la mayor precisión posible del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

Que la actualización y aclaración del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado es parte de un proceso dinámico, sistemático, participativo, continuo y permanente para el cual se han establecido metodologías y procesos técnicos que garantizan que los planes obligatorios de salud respondan a las necesidades de los afiliados, teniendo en cuenta su financiación con la Unidad de Pago por Capitación, la sostenibilidad financiera del Sistema y los recursos existentes en el país.

Que con el fin de facilitar la labor de interpretación normativa por parte de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha considerado



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

pertinente la expedición integral de un nuevo cuerpo normativo que sustituya en su integridad el Acuerdo 028 de 2011 [...]"

113. En el presente asunto, la irregularidad alegada consistió en que el contenido normativo del artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011 no fue sometido al procedimiento de participación ciudadana ordenado en la mencionada norma y en la decisión judicial citada.

114. Al respecto, le asiste razón al Ministerio de Salud y Protección Social en su alegación puesto que el artículo 44 del Acuerdo núm. 028 de 2011 es del mismo tenor que el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011, como se evidencia a continuación:

Artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 2011 (norma acusada)	Artículo 44 del Acuerdo núm. 028 de 2011
ARTÍCULO 44. OTROS PLANES DE BENEFICIOS. Cuando el prestador del servicio identifique casos de cobertura parcial o total, por Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, Plan de Salud de Intervenciones Colectivas, Planes Voluntarios de Salud y en general con los contenidos de cobertura de riesgos a cargo de otros planes, la tecnología en salud deberá ser asumida por éstos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud, en los términos de la cobertura del plan y la normatividad vigente.	ARTÍCULO 44. OTROS PLANES DE BENEFICIOS. Cuando el prestador del servicio identifique casos de cobertura parcial o total, por Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, Plan de Salud de Intervenciones Colectivas, Planes Voluntarios de Salud y en general con los contenidos de cobertura de riesgos a cargo de otros planes, la tecnología en salud deberá ser asumida por éstos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud, en los términos de la cobertura del plan y la normatividad vigente.

115. De tal forma que, si la expedición del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011 surgió de un proceso de participación ciudadana que tuvo como punto de partida el Acuerdo núm. 028 de 2011³⁸, no es posible señalar que su incorporación en aquel acuerdo -Acuerdo núm. 029 de 2011- haya sido sorpresivo o inesperado o que frente al mismo no se hubiere realizado socialización alguna con los ciudadanos.

116. A lo expuesto debe sumarse que con los antecedentes administrativos del Acuerdo núm. 029 de 2011, fue allegado el documento denominado "[...] *ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD AÑO 2011 [...]*"³⁹, el cual detalla el proceso de participación ciudadana que dio lugar a la expedición de los acuerdos núm. 028 y 029 de 2011, que sea de paso señalar no cuestiona el actor por lo que no será abordado, frente al cual afirma la Comisión de Regulación en Salud que "[...] *Durante la Actualización del POS 2011, se logró que todos los*

³⁸ Fol. 155 (CD) y Fol. 200-201 (CD), C. Ppal.

³⁹ Fol. 155 (CD) y Fol. 200-201 (CD), C. Ppal.



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD

actores del SGSSS, hicieran parte del proceso con su presencia, opiniones, observaciones y sugerencias en las diferentes fases en que se desarrolló el proceso de actualización en cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia T-760 de 2008 y la Ley 1438 de 2011 [...], por lo que el cargo de expedición irregular de la norma cuestionada no tiene vocación de prosperidad.

II.6. La conclusión

117. La Sala, de acuerdo con lo expuesto, encontró que el artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011 *i)* fue expedido por la Comisión de Regulación en Salud sin contar con competencia para ello; *ii)* fue falsamente motivado por la autoridad administrativa y; *iii)* desconoció las normas en que debió fundarse, en particular, el artículo 18 del Decreto núm. 806 de 1998, pues obligó al prestador del servicio, a priorizar las coberturas con los planes voluntarios de salud, razón por la cual la disposición acusada debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del artículo 44 del Acuerdo núm. 029 de 28 de diciembre de 2011, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

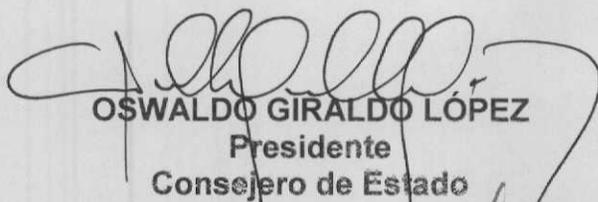
SEGUNDO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de 5 de octubre de 2023.

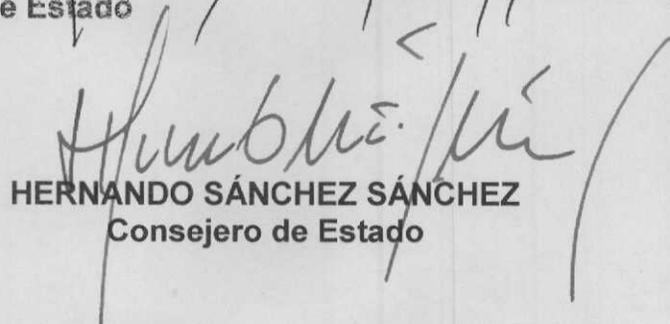
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



Radicación: 110010324000 2012 00188 00
Demandante: HÉCTOR EDUARDO PATIÑO DOMÍNGUEZ
Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD


OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejero de Estado


NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado (E)


HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley. [P4]