

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente (E): HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015)

Proceso: 110010326000201000090 00
Radicación: 40108
Actor: Arleys Cuesta Simanca.
Demandado: Superintendencia Nacional de Salud.
Referencia: Acción de nulidad simple.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad simple del cual trata el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, promovido por el ciudadano Arleys Cuesta Simanca contra el numeral 7.2 del *Capítulo Primero del Título II de la Circular Externa No. 061* dictada por la Superintendencia Nacional de Salud, el 10 de junio de 2010.

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado ante esta Corporación el día 2 de diciembre de 2010, el señor Arleys Cuesta Simanca, en su condición de ciudadano, presentó demanda de nulidad contra la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de obtener la siguiente declaración:

“PRETENSIÓN:

Se declare la nulidad del numeral 7.2 “Inviabilidad de contratación con Consorcios y/o Uniones Temporales” del Capítulo Primero del Título II (Entidades Administradoras de Planes y Beneficios) de la Circular Externa No. 061 del 10 de junio de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud, adicionado a la Circular Única de dicha Superintendencia”.

1.1. Acto administrativo acusado.

El acto acusado es el siguiente:

“Circular Externa Número 061 de 2010 – Junio 10

CIRCULAR ÚNICA

PARA: ENTIDADES, SUJETOS VIGILADOS Y USUARIOS DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

DE: SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD.

ASUNTO: Adiciones, modificaciones y exclusiones de la Circular 47 de 2007 modificada por las Circulares 48, 49, 50, 51 y 52 de 2008; 57, 58 de 2009; 059 y 060 de 2010.

(...).

7.2 Inviabilidad de contratación con consorcio y/o uniones temporales

El Sistema de Seguridad Social en Salud de Colombia, es normado y reglado, en consecuencia quienes en él participan deben cumplir con la normatividad vigente.

Los consorcios y uniones temporales son figuras autorizadas por el ordenamiento jurídico, no obstante, en materia de Seguridad Social en Salud la conformación de las mismas desconocen postulados legales que reglamentan la prestación de los servicios de salud.

La anterior afirmación tiene sustento en los Decretos 1011 de 2006 y 4747 de 2007, entre otros, toda vez que la reglamentación allí prevista aplica a los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen contributivo y subsidiado, las Entidades Adaptadas, las Empresas de Medicina Prepagada y a las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud.

El Decreto 1011 de 2006, considera como prestadores de servicios de salud a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los Profesionales Independientes de Salud y los Servicios de Transporte Especial de Pacientes. Considerándose como instituciones prestadoras de servicios de salud a los grupos de práctica profesional que deben contar con infraestructura física para prestar servicios de salud.

A su vez el artículo 3º Del Decreto 4747 de 2007, adoptó las siguientes definiciones:

a. Prestadores de servicios de salud: Se consideran como tales las instituciones prestadoras de servicios de salud y los grupos de práctica profesional que cuentan con

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados. Para efectos del presente decreto, se incluyen los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados.

b. Entidades responsables del pago de servicios de salud: Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales.

El artículo 5° del mismo decreto establece como requisitos mínimos que deben tenerse en cuenta para la negociación y suscripción de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios los siguientes:

a. Por parte de los prestadores de servicios de salud:

1. Habilitación de los servicios por prestar.

2. Soporte de la suficiencia para prestar los servicios por contratar estimada a partir de la capacidad instalada, frente a las condiciones demográficas y epidemiológicas de la población del contratante que va a ser atendida.

3. Modelo de prestación de servicios definido por el prestador.

4. Indicadores de calidad en la prestación de servicios, definidos en el Sistema de Información para la Calidad del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud.

Igualmente, el artículo 26 del Decreto 1011 de 2006 dispone: "Para efectos de contratar la prestación de servicios de salud el contratante verificará que el prestador esté inscrito en el registro especial de prestadores de servicios de salud. Para tal efecto la Entidad Departamental y Distrital establecerá los mecanismos para suministrar esta información.

Si durante la ejecución del contrato se detecta el incumplimiento de las condiciones de habilitación, el Contratante deberá informar a la Dirección Departamental o Distrital de Salud quien contará con un plazo de sesenta (60) días calendario para adoptar las medidas correspondientes. En el evento en que no se pueda mantener la habilitación la Entidad Departamental o Distrital de Salud lo informará al contratante, quien deberá abstenerse de prestar los servicios de salud con entidades no habilitadas".

Aunado a lo anterior, el Decreto 4747 de 2007, define la red de prestación de servicios como el conjunto articulado de prestadores de servicios de salud, ubicados en un espacio geográfico, que trabajan de manera organizada y coordinada en un proceso de integración funcional orientado por los principios de complementariedad, subsidiariedad y los lineamientos del proceso de referencia y contrarreferencia establecidos por la entidad responsable del pago, que busca garantizar la calidad de la atención en salud y ofrecer una respuesta adecuada a las necesidades de la población en condiciones de accesibilidad, continuidad, oportunidad, integralidad y eficiencia en el uso de los recursos.

Dispuso que el modelo de atención, comprenda el enfoque aplicado en la organización de la prestación del servicio, la integralidad de las acciones, y la consiguiente orientación de las actividades de salud. De él se deriva la forma como se organizan los establecimientos y recursos para la atención de la salud desde la perspectiva del servicio a las personas, e incluye las funciones asistenciales y logísticas, como la puerta de entrada al sistema, su capacidad resolutoria, la responsabilidad sobre las personas

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

que demandan servicios, así como el proceso de referencia y contrarreferencia, permitiendo prestar adecuadamente los servicios de salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios, en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago.

De lo anterior se desprende que las obligaciones surgen entre las Entidades responsables de pago y los prestadores de salud debidamente habilitados, quedando por tanto excluidos los consorcios y/o uniones temporales que carecen del requisito sine qua non, es decir la habilitación otorgada por las respectivas Entidades Departamentales y Distritales de Salud, lo cual conllevaría a configurarse una intermediación, figura prohibida en el Sistema General de Seguridad Social en Salud conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 6° del Decreto 515 de 2004, así: "Se entiende prohibida toda clase de práctica que genere mecanismos de intermediación entre las ARS y los prestadores de servicios de salud, esto es, la contratación que realice una ARS (hoy EPS'S) con una institución o persona natural o jurídica para que esta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios o de subcontratarla, trasladándole los costos de administración, y reduciendo el pago que por salud debe reconocer a quienes conforman la red de prestadores de servicios de salud de la (ARS), esto es al prestador primario habilitado. La práctica de estos mecanismos de intermediación impedirá la habilitación de la ARS (hoy EPS'S).

Así mismo, el artículo 41 del Decreto 050 de 2003, establece:

Artículo 41. Contratos de capitación y correcta aplicación de los recursos de la seguridad social. Los contratos por capitación que celebren las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) y las Entidades Promotoras de Salud (EPS) con las instituciones prestadoras de servicios de salud, no las relevan de la responsabilidad de garantizar la adecuada prestación del servicio en su función de aseguramiento, frente al usuario y frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Los terceros contratados para la prestación de servicios deberán ser entidades o personas debidamente habilitadas para cumplir estas funciones conforme al Decreto 2309 de 2002 y demás normas vigentes. En la contratación se señalarán expresamente los servicios que serán prestados en forma directa por el contratista y aquellos que de manera excepcional se prestarán por remisión a terceros.

Se considera práctica insegura, la contratación que realice una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) o una Entidad Promotora de Salud (EPS) con una institución o persona natural o jurídica para que esta se encargue a su vez de coordinar la red de prestadores de servicios.

Será solidariamente responsable la Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) y la Entidad Promotora de Salud (EPS) de los incumplimientos en que incurra la entidad que adelantó la subcontratación, cuando haya sido autorizada para el efecto."

El numeral 15.3 del artículo 15 del Decreto 515 de 2004 establece:

"15.3. Se encuentra prohibida cualquier forma de estipulación, acuerdo o franquicia, en virtud de la cual se ofrezcan a través de terceros, planes de beneficios que impliquen por parte de la entidad habilitada y concedente no asumir directamente la responsabilidad del riesgo en salud y del aseguramiento de la población afiliada. Quien incurra en esta práctica será responsable frente a los afiliados y los proveedores, de conformidad con las normas vigentes."

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

De lo expuesto, esta Superintendencia concluye que no es viable jurídicamente que las entidades administradoras de planes de beneficios EAPB contraten con consorcios y/o uniones temporales para la prestación de servicios de salud de sus afiliados, toda vez que al carecer de la debida habilitación estos no podrían ofertar servicios salud, lo cual conllevaría a que dichos consorcios y/o uniones temporales realicen operaciones de intermediación que se encuentran prohibidas en la normatividad vigente.

(...)" (Se destaca).

1.2. Como **supuestos fácticos** del libelo demandatorio, se narraron los siguientes:

- El día 10 de junio de 2010, la Superintendencia Nacional de Salud expidió la *Circular Externa No. 061*, dirigida a entidades, sujetos vigilados y usuarios de la mencionada Superintendencia, a través de la cual se efectuaron "adiciones, modificaciones y exclusiones de la Circular 47 de 2007 modificada por las circulares 48, 49, 50, 51, 52 de 2008; 58 de 2009; 59 y 60 de 2010".

- El acto administrativo demandado dispuso en su contenido, específicamente en el aparte final del numeral 7.2, que "no es viable jurídicamente que las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios EAPB contraten con consorcios y/o uniones temporales para la prestación de servicios de salud de sus afiliados, toda vez que al carecer de la debida habilitación estos no podrían ofertar servicios de salud, lo cual conllevaría a que dichos consorcios y/o uniones temporales realicen operaciones de intermediación que se encuentran prohibidas en la normatividad vigente".

- Manifiesta el accionante que la aludida Circular se expidió con pretensión de obligatoriedad, al disponer en su apartado V que "la inobservancia e incumplimiento de las instrucciones consignadas en la presente circular

acarrearán la imposición de sanciones, tanto a título personal como institucional, que las normas determinan dentro de las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, penales o civiles que ellas conlleven y las sanciones que puedan imponer otras autoridades administrativas”.

- Finalmente, señaló que el citado acto administrativo vulneraba el ordenamiento jurídico, toda vez que la Superintendencia Nacional de Salud carecía de competencia para: **i)** determinar los sujetos de la contratación con entidades públicas o con aquellas que administraren recursos públicos o; **ii)** restringir el ámbito de participación en el tráfico jurídico de sujetos habilitados por normas superiores para celebrar contratos con aquellas autoridades, puesto que tales atribuciones se encontraban confiadas al Legislador.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

En la demanda se invocan como violados por el acto administrativo censurado los artículos 121 y 150-1 de la *Constitución Política*; los artículos 6 y 7 de la *Ley 80 de 1993*.

Como concepto de la alegada violación se formuló una serie de cargos, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a. Que mientras la Ley de Contratación Estatal disponía que los consorcios y uniones temporales tenían capacidad para contratar con las entidades estatales, la *Circular Externa No. 061 de 2010*, en contradicción, establecía que no era posible contratar con las referidas formas asociativas.

b. Sostuvo que el acto administrativo demandado se adoptó con fundamento en los *Decretos Reglamentarios 050 de 2003, 515 de 2004, 1011 de 2006 y 4747 de 2007*, los cuales a su vez fueron dictados en virtud de lo establecido en el *numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política de 1991*.

Al respecto señaló que la potestad reglamentaria se encontraba necesariamente sometida a la ley, *“puesto que si su finalidad es hacer posible la cumplida ejecución de las leyes, es claro que un acto de ejecución debe subordinación al acto que se ejecuta”*.

En tal orden de ideas afirmó que teniendo en cuenta que los referidos decretos reglamentarios se encontraban *“por debajo de la ley”*, aquellos debían respetar la *Ley 80 de 1993*.

c. Adujo que la Superintendencia Nacional de Salud carecía de competencia para interpretar la ley por vía de autoridad, comoquiera que la conclusión del numeral 7.2 de la circular demandada sobre la *“inviabilidad jurídica de celebrar contratos con los consorcios y uniones temporales”* resultaba contraria a lo previsto en el numeral 1 del artículo 150 de la *Constitución Política de 1991*, por cuanto la competencia para interpretar la ley por vía de autoridad le correspondía al Congreso de la República.

Aunado a ello aseveró que la Superintendencia Nacional de Salud al imponer sanciones por la inobservancia de la interpretación aludida, *“lo que está haciendo es dotar de fuerza obligatoria, vinculante y de estricta observancia, su parecer sobre un punto de derecho. Lo que con ello se*

hace es imponer un criterio interpretativo sobre la aplicación (mejor, la inaplicación) de una ley de la República, cual es la Ley 80 de 1993”.

d. Preciso que la competencia para determinar quiénes se encontraban habilitados para contratar con entidades estatales le correspondía al Congreso de la República y no a las autoridades administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 150 de la *Constitución Política*.

Además, argumentó que si el artículo 6 de la *Ley 80 de 1993* dispuso que los consorcios y uniones temporales podían celebrar contratos con entidades estatales, *“mal podría decir una circular expedida por una autoridad administrativa –subordinada a la Ley, por demás– que los consorcios y las uniones temporales no pueden celebrar contratos para efectos de la prestación de servicios de salud, menos cuando el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no establece dicha distinción”.*

Asimismo, aclaró lo siguiente:

“Consideramos necesario precisar que la discusión en el presente caso no se cierne sobre si las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud se someten o no al Estatuto de Contratación Estatal, pues indistintamente de las normas que dirijan el contrato, los consorcios y uniones temporales pueden celebrar contratos con entidades estatales por habilitación expresa del Congreso de la República, sea que tales acuerdos se rijan bien por el Derecho Público, ora por el Derecho Privado. El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 soluciona el punto al determinar que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley. Insisto: aún si el contrato se somete al Derecho Público o al Derecho Privado, los consorcios se encuentran habilitados

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

para celebrar contratos con entidades estatales; y con mayor razón con entidades particulares habida cuenta del preciado principio de la autonomía de la voluntad”.

e. Indicó que la interpretación efectuada por la Superintendencia Nacional de Salud acerca del artículo 6 de la Ley 80 de 1993 resultaba discutible según la posición de otros organismos del sector salud, para ello trajo a colación el concepto 135952 de octubre 10 de 2003, rendido por la Oficina de Asesoría Jurídica y Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, en el cual se afirmó que:

*“En el caso de uniones temporales, consorcios u otras formas de asociación para prestar servicios de salud, **será posible la contratación por parte de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud, siempre y cuando los prestadores de servicios de salud que la conformen sea socios de éstas y se encuentren cada uno debidamente habilitados e inscritos en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud**” (Se destaca).*

1.4. Solicitud de suspensión provisional.

El actor, a su vez, en la demanda solicitó la suspensión provisional del numeral 7.2 de la circular aludida, en los siguientes términos:

“Con fundamento directo en el artículo 238 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo solicito de manera respetuosa al Honorable Consejo de Estado se sirva decretar la suspensión provisional del numeral 7.2. de la Circular Externa No. 061 del 10 de junio de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud, teniendo en cuenta que la misma riñe de manera flagrante con las disposiciones citadas como violadas en esta solicitud.

Basta comparar el aparte demandado con el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 para concluir que la Superintendencia ha desconocido dicho precepto al restringir mediante una Circular Externa la aplicación de una norma de rango legal y sobre una materia cuya regulación le corresponde al Congreso de la República”.

1.5. Actuación procesal.

1.5.1. Admisión de la demanda.

La demanda fue admitida por la Sección Tercera de esta Corporación, mediante providencia calendada el 12 de agosto de 2011; en el mismo proveído se denegó la petición de suspensión provisional comoquiera que, en criterio del magistrado ponente de la época, la solicitud no reunía los requisitos exigidos por el artículo 152 de Código Contencioso Administrativo al no evidenciarse una manifiesta contradicción entre los preceptos demandados y la Constitución o la ley-

Se indicó en aquella oportunidad lo siguiente:

"... al examinar la naturaleza jurídica de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios se encuentra –se insiste– que esta es una categoría que agrupa o reúne a múltiples entidades y/o instituciones públicas o privadas que prestan servicios de salud, razón por la cual a efectos de determinar el régimen jurídico de cada una de ellas habría que analizar, necesariamente, las disposiciones normativas que regulan cada una de las correspondientes EAPBs, con el fin de indagar si se encuentran, o no, sometidas al régimen de contratación previsto en la Ley 80 de 1993, lo cual, sin lugar a dudas, descarta la posibilidad de decretar la suspensión provisional de la Circular objeto de impugnación, motivo por el cual la medida cautelar solicitada será denegada".

1.5.2. Contestación de la demanda.

La parte demandada no contestó la demanda¹.

1.5.3. Pruebas, alegatos y concepto del Agente del Ministerio Público.

El presente asunto se abrió a pruebas mediante providencia calendada el 20 de enero de 2012; entre los documentos aportados por las partes que dicha providencia ordenó tener en cuenta en su valor legal, se encuentra el

¹ Consultar constancia secretarial obrante a folio 66 del cuaderno principal.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

oficio No. FI-PLAN-110810V4 allegado a esta Corporación el 17 de abril de la misma anualidad por la Superintendencia Nacional de Salud, en el cual se lee:

“Una vez recibido su requerimiento, esta Oficina Asesora Jurídica procedió a requerir a la Superintendencia Delegada para la Atención en Salud y a la Secretaría General de la Superintendencia Nacional de Salud, quienes manifestaron que en sus dependencias no existen registros de antecedentes administrativos que hayan dado origen a la expedición de la Circular Externa 000061 del año 2010.

La mencionada Circular Externa, en el punto 7.2. denominado “Inviabilidad de contratación con consorcio y/o uniones temporales” hace un recuento y análisis normativo en sus páginas 3, 4, 5 y 6, lo cual considera esta Oficina Asesora son los antecedentes administrativos y las consideraciones o motivaciones que dieron origen a la expedición de la mencionada circular que en su página número 7, fija la política dentro del SGSSS de inviabilidad de que las entidades Administradoras de Planes de Beneficios contraten con consorcios y/o uniones temporales para la prestación de servicios de salud a sus afiliados.

(...).

No obstante lo anterior, se hace necesario informar al honorable Despacho, que la política fijada en el punto 7.2 de la Circular Externa 000061 del año 2010 se encuentra derogada expresamente con la expedición de la Circular Externa 000066 del 23 de diciembre del año 2010, que en su punto 7º, deroga el numeral I de la Circular Externa 000061 de 2010 sólo en lo referente a las adiciones y no en lo referente al numeral II que trata de modificaciones a la Circular 047 del año 2007. Además, la mencionada Circular Externa 000061 en su punto 4º determinó la intermediación como práctica insegura no autorizada en la prestación de servicios de salud, permitiendo la conformación de asociaciones o alianzas estratégicas para la prestación de servicios de salud, definiendo claro está su razón de ser.

Por su parte, la Circular Externa 000067 de fecha 27 de diciembre de 2012, que adjunto a la presente y que también puede ser consultada en la página web de la Superintendencia Nacional de Salud, (...), define y reglamenta las diferentes formas de asociación o alianzas estratégicas para la prestación de servicios de salud, haciendo referencia expresa en su punto 3.1. a la prestación de servicios de salud a través de la figura de los consorcios y uniones temporales.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

Así mismo, el inciso 2º de la Ley 1438 de 2011 permite a los prestadores de servicios de salud asociarse mediante la figura de consorcios y uniones temporales (...).

Mal podría entonces esta Superintendencia prohibir la contratación por parte de las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (ERP) con prestadores de servicios de salud que decidan asociarse mediante la figura del Consorcio o la Unión Temporal.

*Debido a lo anterior, y se convierte en una apreciación subjetiva de esta Oficina Asesora Jurídica, el proceso actual de simple nulidad en contra de la Circular Externa 000061 del año 2010, **carece de objeto procesal a decidir dado que el acto administrativo ha sido revocado expresamente y en consecuencia no es actualmente exigible al grupo de entidades vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud**" (Se destaca).*

Mediante auto de fecha 15 de junio de 2002 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo; se pronunciaron la entidad demandada y el Ministerio Público.

La Superintendencia Nacional de Salud solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda, toda vez que carecían de fundamento legal y respaldo probatorio "de acuerdo con las razones de hecho y de derecho obrantes en el proceso. Máxime cuando en el sub lite nos encontramos frente a un hecho superado por carencia actual de objeto".

En efecto, indicó que:

"Se observa entonces, H. Consejero, que la situación expuesta en la demanda, no puede ser de recibo, toda vez que la entidad de control con posterioridad a la expedición del acto demandado, expidió la Circular Externa No. 000066 del 23 de diciembre de 2010, por medio de la cual se deroga de manera expresa el numeral I de la Circular Externa 000061 de 10 de junio de 2010 respecto a la "Inviabilidad de Contratación con consorcios y/o uniones temporales" luego la situación fáctica demandada ha cesado, desapareciendo así toda posibilidad de amenaza o contravención a norma constitucional o legal.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

Máxime, cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 inciso 2º de la Ley 1438 de 2011, faculta la asociación, por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, mediante consorcio o unión temporal para la oferta y prestación de servicios de salud.

Así entonces, el hecho de un pronunciamiento judicial en el caso que nos ocupa, carece de objeto, pues resulta claro que la situación ha sido superada”.

A su turno, el Ministerio Público, en su concepto, solicitó que se profiriera sentencia inhibitoria, comoquiera que el acto administrativo demandado fue derogado mediante de las *Circulares Externas 066 de diciembre 23 de 2010 y 067 de diciembre 27 de 2012* adoptadas por la Superintendencia Nacional de Salud y, además, precisó que el artículo 62 de la *Ley 1438 de 2011* había regulado lo referente “*a las instituciones prestadoras de servicios de salud las cuales pueden asociarse mediante la figura de consorcios y uniones temporales”*.

La parte demandante guardó silencio en esta fase procesal.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia privativa del Consejo de Estado para conocer de la presente acción.

En el asunto *sub examine*, la parte demandante pretende, a través de la acción de nulidad simple, obtener la declaratoria de nulidad del numeral 7.2 de la Circular 061 del 10 de junio de 2010, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

En relación con la competencia para conocer de esta clase de acciones, el artículo 128 del C.C.A., en su numeral 1º, establece que el Consejo de Estado conocerá, en única instancia, de los siguientes asuntos:

“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”.

De conformidad con la disposición antes transcrita, el Consejo de Estado es competente para conocer de la presente acción en única instancia, comoquiera que se trata de la solicitud de nulidad de un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo No. 55 de 2003, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto², toda vez que corresponde a un proceso de nulidad contra un acto administrativo que versa sobre un asunto contractual, en la medida en que se refiere a la inviabilidad de que las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios –EAPBs– celebren contratos con consorcios y/o con uniones temporales, para la prestación de servicios de salud a sus afiliados.

2. Oportunidad en el ejercicio de la acción.

El demandante actuó en ejercicio de la acción de nulidad simple, prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, respecto de la cual el artículo 136 del citado código dispuso:

² Por medio del cual se modificó el reglamento del Consejo de Estado.

RADICACION: 40.108
 ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

"1. La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto."

Por lo tanto, no existe óbice para conocer de la presente acción, por razón de la oportunidad en el ejercicio de la acción.

3. Pruebas de los actos acusados.

El actor allegó copia del Diario Oficial número 43.380, Año CXLV, edición de 13 de julio de 2010, en el cual se publicó la Circular Externa No. 061 de 2010.

En los términos del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, las normas jurídicas de alcance nacional no requieren prueba².

4. Problemas jurídicos planteados.

A continuación, para mayor claridad, respecto del tema objeto de debate en la presente providencia, se transcribirán las normas enfrentadas:

NORMA SUPERIOR DIRECTAMENTE INFRINGIDA	ACTO ACUSADO
<p style="text-align: center;"><u>Ley 80 de 1993</u></p> <p>Artículo 6°. DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las</p>	<p style="text-align: center;"><u>Circular Externa No. 061 de 2010</u></p> <p>Numeral 7.2. Inviabilidad de contratación con consorcio y/o uniones temporales.</p> <p>(...).</p> <p>De lo expuesto, esta Superintendencia concluye que no es viable jurídicamente</p>

² De la misma manera dispone el Código General del Proceso (C.G.P.):

"Artículo 177. Prueba de las normas jurídicas. "El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte"."

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

<p>entidades estatales, los consorcios y uniones temporales (Negritas fuera del texto original).</p>	<p>que las entidades administradoras de planes de beneficios EAPB contraten con consorcios y/o uniones temporales para la prestación de servicios de salud de sus afiliados, toda vez que al carecer de la debida habilitación estos no podrán ofertar servicios (sic) salud, lo cual conllevaría a que dichos consorcios y/o uniones temporales realicen operaciones de intermediación que se encuentran prohibidas en la normatividad vigente (Negritas fuera del texto original).</p>
---	---

De acuerdo con los antecedentes expuestos en precedencia, resulta menester abordar el estudio de los siguientes problemas jurídicos con el propósito de establecer si la disposición demandada debe ser declarada conforme o contraria al ordenamiento jurídico:

Primer problema jurídico: precisar cuál es el tratamiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha adoptado en relación con la figura denominada “*sustracción de materia*”, la cual, de acuerdo con lo expuesto por la entidad demandada y el Ministerio Público, impide que en el asunto *sub judice* pueda proferirse una decisión de fondo.

Segundo problema jurídico: dilucidar si las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios –EAPB– se encuentran sometidas al régimen de contratación estatal y, de resultar afirmativo tal interrogante, determinar si el numeral 7.2 del Capítulo I del Título II de la Circular Externa No. 061 dictada por la Superintendencia Nacional de Salud, el 10 de junio de 2010 enjuiciado, resulta contrario a las disposiciones tanto constitucionales como legales que la parte actora estima conculcadas por el referido acto administrativo.

4.1. La tesis de la “sustracción de materia”.

En época pretérita la jurisprudencia de esta Corporación sostuvo que carecía de objeto que el Juez de lo Contencioso Administrativo se pronunciara respecto de la juridicidad de actos administrativos de alcance general, impersonal y abstracto que hubieren sido derogados por la autoridad que los profirió, pues se entendía que el pronunciamiento jurisdiccional resultaba superfluo comoquiera que el orden jurídico quedaba plenamente restablecido con la sola revocatoria de las disposiciones censuradas; empero, posteriormente la Sala Plena de esta Corporación recogió dicho planteamiento y a partir de la sentencia de 14 de enero de 1991, cuyos principales apartes en relación con este extremo se transcriben a continuación, ha prohijado la tesis que hoy se reitera, en virtud de la cual la única forma de garantizar la integridad del ordenamiento jurídico eventualmente conculcado por actos administrativos generales contrarios a Derecho que han producido efectos en el tiempo pero que después son objeto de derogatoria, es abordar el examen de fondo sobre la constitucionalidad y/o legalidad de los mismos, para evitar que, casual o deliberadamente, la Administración eluda la fiscalización jurisdiccional de sus decisiones a través del sencillo pero eficaz expediente de retirarlas *motu proprio* del sistema jurídico antes de que se produzca el pronunciamiento definitivo por parte de su juez natural, aun cuando la correspondiente determinación administrativa hubiere desplegado, durante períodos más o menos prolongados, la totalidad de sus efectos. Así se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a este respecto, para asumir la tesis que en esta ocasión se retoma:

“Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Así, ha dicho que, en tratándose de acciones de nulidad, cuyo propósito “no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional en este evento, carecería de objeto”. (Sentencia de 11 de julio de 1962, Expediente 929, Sala de lo Contencioso Administrativo).

La posición anterior ha sido reiterada en varias oportunidades, dentro de las cuales se destacan los pronunciamientos de 14 de febrero de 1979 (Expediente 994), 18 de julio de 1975, marzo 13 de 1979 (Expediente 518), 12 de julio de 1988 (Expediente 387 - 10861), octubre 12 de 1989 (Exp. 522) y 24 de noviembre de 1989 (Expediente 1062).

Sin embargo en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado de la postura mencionada, afirmando que:

“Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado” (Sentencia de agosto 17 de 1984, Sección Cuarta, Expediente 9524).

Tesis que, al igual que la primera, ha sido sostenida en ciertas oportunidades (Sentencias de 9 de julio de 1987, Expediente E - 102, 11 de octubre de 1968) y en la cual subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de hecho se sustraerían del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir sobre su legalidad.

Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pero no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que de un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace ab - initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario sensu, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.

Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia.

Por las razones expresadas, y aun a pesar de que se considere que los artículos 1º y 2º del Decreto 196 de 1986 hubiesen sido derogados por la Ley 51 de 1989, esta Corporación estudiará sobre la legalidad o ilegalidad de las normas acusadas, entendiéndose que si prosperara esta última posibilidad, la eventual nulidad decretada lo sería por el término durante el cual las disposiciones anuladas estuvieron vigentes"³ (énfasis añadido).

En criterio de la Sala, huelgan mayores lucubraciones encaminadas a justificar el pronunciamiento de fondo que debe producirse en el asunto *sub judice* a efectos de establecer la conformidad o disconformidad de las disposiciones demandadas con el ordenamiento jurídico, pues como con claridad meridiana lo expone la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en contravía de lo planteado por el apoderado de la parte demandada y de acuerdo con lo sostenido por el Delegado del

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de enero de 1991; Consejero Ponente: Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Radicación número: S-157. La tesis prohiada en el citado pronunciamiento ha sido reiterada con posterioridad por la Sala Plena de esta Corporación, por vía de ejemplo, en el siguiente fallo: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de septiembre de 1991; Consejera Ponente: Clara Forero de Castro; Radicación número: S-050. También la Sección Tercera se ha pronunciado en idéntico sentido; véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados.

Ministerio Público, la derogatoria de la *Circular Externa No. 061 de junio 10 de 2010* por parte de la Superintendencia Nacional de Salud cesa la eficacia de dicha disposición hacia el futuro, esto es a partir del momento en el cual se produjo su retiro del ordenamiento jurídico por voluntad de la autoridad que lo profirió, pero dicha determinación administrativa no permite conocer, a ciencia cierta y mediante pronunciamiento que haga tránsito a cosa juzgada, si la disposición derogada se avenía, o no, al principio de legalidad y, por consiguiente, si los efectos jurídicos que hubiera podido producir contaban con un fundamento normativo conforme con la Constitución y con la Ley.

Así las cosas, entonces, procede la Sala a pronunciarse en relación con los cargos que la parte demandante dirige en contra de los enunciados normativos acusados.

4.2. a) Concepto de Planes de Beneficios: Clasificación; b) Empresas Administradoras de Planes de Beneficios – EAPB. Naturaleza jurídica.

Pues bien, previo a efectuar el análisis de los cargos de nulidad expuestos por el accionante en contra de un aparte de la *Circular Externa No. 061 de junio 10 de 2010* dictada por la Superintendencia Nacional de Salud, resulta menester efectuar una revisión del concepto de planes de beneficios y la naturaleza jurídica de las Entidades Administradoras de tales planes, denominadas EAPB, con el fin de establecer si tales instituciones, efectivamente, se encuentran sometidas a las disposiciones de la *Ley 80 de 1993*.

La *Constitución Política de 1991*, a través del artículo 48, consagró que la seguridad social es un derecho irrenunciable de los habitantes del territorio nacional y a la vez un servicio público de carácter obligatorio, el cual será prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

A su turno, el artículo 49 de la norma fundamental dispuso que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, institución jurídica a la cual le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, atendiendo de igual manera los principios aludidos anteriormente; aunado a ello se encuentra la obligación del Estado de establecer políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer la respectiva vigilancia y control; también establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la Ley.

Ahora bien, en desarrollo del artículo 49 constitucional, el Congreso de la República profirió la *Ley 100 de 1993*⁴, mediante la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social Integral, cuyo propósito principal, según su artículo primero, es el de “*garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten*”.

⁴ Publicada en el Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

El citado cuerpo normativo, en su libro II reguló lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud e instituyó como objetivos primordiales **i)** la regulación del servicio público esencial de salud y **ii)** la creación de condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Aunado a lo anterior, determinó que las competencias para prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención en salud en los aspectos no regulados en la aludida *Ley 100* ley se regirán por las disposiciones legales vigentes, en especial por la *Ley 10 de 1990* y la *Ley 60 de 1993*; además, las actividades y competencias de salud pública se regirán por las disposiciones vigentes en la materia, especialmente la *Ley 9ª de 1979* y la *Ley 60 de 1993*, excepto la regulación de medicamentos que se regirá por lo dispuesto en la presente ley.

A su turno, el artículo 155⁵ de la pluricitada *Ley 100* determinó quiénes son los integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud, conformado, entre

⁵ ARTICULO. 155.-*Integrantes del sistema general de seguridad social en salud. El sistema general de seguridad social en salud está integrado por:*

1. *Organismos de dirección, vigilancia y control:*

- a) *Los Ministerios de Salud y de Trabajo;*
- b) *El consejo nacional de seguridad social en salud, y*
- c) *La superintendencia nacional en salud;*

2. *Los organismos de administración y financiación:*

- a) *Las entidades promotoras de salud;*
- b) *Las direcciones seccionales, distritales y locales de salud, y*

otros, por las Entidades Promotoras de Salud en su calidad de organismo de administración y financiación, las instituciones prestadoras de servicios de salud -públicas, mixtas o privadas- y las demás entidades de salud que, al entrar en vigencia la presente ley, estuvieren adscritas a los Ministerios de Salud y Trabajo –hoy Ministerio de la Protección Social–.

A su turno, el Gobierno Nacional, a través del *Decreto 806 de 1998*, reglamentó la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud como servicio de interés general, en todo el territorio nacional; fue así como en su artículo primero dispuso la obligación, a cargo de todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizadas para participar en el aludido Sistema, la prestación garantizada de uno o varios de los beneficios que establece el

c) *El fondo de solidaridad y garantía.*

3. *Las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas, mixtas o privadas.*

4. *Las demás entidades de salud que, al entrar en vigencia la presente ley, estén adscritas a los Ministerios de Salud y Trabajo.*

5. *Los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados.*

6. *Los beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud en todas sus modalidades.*

7. *Los comités de participación comunitaria "Copacos" creados por la Ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud.*

PARAGRAFO.-*El Instituto de Seguros Sociales seguirá cumpliendo con las funciones que le competan de acuerdo con la ley.*

citado decreto y que más adelante se estudiarán, así como a la población afiliada y vinculada al Sistema.

a) Planes de beneficios: concepto y clasificación.

El artículo segundo del *Decreto 806 de 1998* dispuso que en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la norma fundamental, al Estado colombiano le corresponde garantizar el acceso a los servicios de salud y regular el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general y maternidad.

Así las cosas, el citado conjunto de beneficios de que trata el citado Decreto se agrupa en cinco diferentes tipos de planes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como **i)** afiliado cotizante, **ii)** afiliado beneficiario, **iii)** afiliado subsidiado o **iv)** vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En ese orden de ideas, el artículo 3 del Decreto aludido precisó que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, como servicio público esencial, se encuentran única y exclusivamente los siguientes planes de beneficios:

- Plan de Atención Básica en Salud, PAB.
- Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

- Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POSS.
- Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos.
- Atención inicial de urgencias.

Ahora bien, una vez revisado el concepto de planes de beneficios y su clasificación, esta Subsección pasará a analizar la naturaleza jurídica de las Entidades Administradoras de los citados planes, mejor conocidas como las –EAPB–.

b) Entidades Administradoras de Planes de Beneficios – EAPB. Naturaleza jurídica.

El Ministerio de Salud –hoy Ministerio de la Protección Social– en ejercicio de las facultades legales conferidas por los numerales 3 y 7 del artículo 173 de la Ley 100 de 1993⁶, profirió la Resolución 3374 de 2000 y en su artículo 1° definió a las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios –EAPB–, en los siguientes términos:

⁶ Artículo 173 de la Ley 100 de 1993: “3. Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las entidades promotoras de salud, por las instituciones prestadoras de servicios de salud del sistema general de seguridad social en salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.

7. El Ministerio de Salud reglamentará la recolección, transferencia y difusión de la información en el subsistema al que concurren obligatoriamente todos los integrantes del sistema de seguridad social de salud independientemente de su naturaleza jurídica sin perjuicio de las normas legales que regulan la reserva y exhibición de los libros de comercio. La inobservancia de este reglamento será sancionada hasta con la revocatoria de las autorizaciones de funcionamiento”.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

“Son las entidades responsables de la prestación de servicios de salud a una población específica, en razón de un plan de aseguramiento o por disposición del SGSSS, tales como: Las Entidades Promotoras de Salud - EPS- y las que se les asimilen, para el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo; las Administradoras del Régimen Subsidiado, ARS, para el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado; las direcciones departamentales, distritales y locales de salud para los servicios de salud cubiertos con recursos de oferta; las Compañías de Seguros para accidentes de tránsito, pólizas de hospitalización y cirugía o cualesquiera otra protección en salud; el Fondo de Solidaridad y Garantía de la Salud, Fosyga, para accidentes de tránsito y eventos catastróficos y las administradoras de planes de beneficios en regímenes especiales de seguridad social” (Negritas fuera del texto original).

Posteriormente, el Presidente de la República profirió el Decreto 1011 de 2006, a través del cual estableció el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud; en su artículo segundo definió a tales entidades en los siguientes términos:

“Se consideran como tales, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado (Administradoras del Régimen Subsidiado), Entidades Adaptadas y Empresas de Medicina Prepagada”.

A su turno, el párrafo del artículo 4º del Decreto 1018 de 2007, expedido por el Ministerio de la Protección Social, describió a tales entidades en los siguientes términos:

“Parágrafo: Se entiende por Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB) las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, Empresas Solidarias de Salud, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Entidades Promotoras de Salud Indígenas, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

entidades adaptadas de Salud, las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las Universidades en sus actividades de salud”.

De igual forma, la Superintendencia de Salud las ha definido de la siguiente forma:

*“Las EAPB son entidades administradoras de beneficios; en esta **categoría** se incluyen las entidades promotoras de salud tanto del régimen contributivo como subsidiado, las empresas solidarias de salud, las asociaciones mutuales en sus actividades de salud, las entidades promotoras de salud indígenas, las cajas de compensación familiar en sus actividades de salud, las entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de salud, las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud”⁷ (Negritas fuera del texto original).*

Así las cosas, de los anteriores preceptos normativos la Sala observa que la figura jurídica de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios – EAPBs– corresponde a un **concepto genérico o categórico** que agrupa a diversas instituciones o entidades anteriormente referenciadas, de carácter público o privado, responsables de la prestación de servicios de salud, en razón de un plan de aseguramiento o por disposición del Sistema General de Seguridad Social en Salud y sometidas a su régimen jurídico respectivo – dependiendo de si su naturaleza es oficial o privada–.

En consecuencia, esta Subsección estima conveniente indagar acerca de la naturaleza jurídica y/o régimen de sus actos y/o contratos de cada una de las entidades que integran las EAPB, a efectos de establecer si se encuentran sometidas, o no, a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

⁷ www.supersalud.gov.co

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

EAPB (Entidades Administradoras de Planes de Beneficios)	NATURALEZA JURÍDICA	RÉGIMEN ACTOS Y/O CONTRATOS
EPS contributivo subsidiado). (Régimen y	Son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía ⁸ .	El artículo 45 de la <i>Ley 1122 de 2007</i> dispuso que: “las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas tendrán el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado” (Se destaca).
Empresas Solidarias de Salud –ESS–.	Son entidades habilitadas para administrar los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de naturaleza pública, privada o mixta ⁹ .	El numeral 2 del artículo 216 de la <i>Ley 100 de 1993</i> dispuso que: “Cuando la contratación se haga con una entidad que no sea propiedad de los usuarios como las empresas solidarias de salud, la contratación entre las direcciones seccionales o locales de salud con las entidades promotoras de salud se realizará mediante concurso y se registrará por el régimen privado , pudiendo contener cláusulas exorbitantes propias del régimen de derecho público”.
Asociaciones Mutuales de Salud	<u>Las Asociaciones Mutuales son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social</u> ¹⁰ .	El inciso final del artículo 66 del Decreto 1480 de 1989 dispuso que: “El Gobierno Nacional determinará el régimen, condiciones y contenido de los contratos y convenios entre las Asociaciones Mutuales y el Instituto de Seguros Sociales. Igualmente las entidades de derecho público podrán celebrar convenios o contratos con las Asociaciones Mutuales para la ejecución de obras y prestación de servicios de seguridad social” .
Entidades Promotoras de Salud Indígenas –EPSI–.	Las Entidades Promotoras de Salud, EPS Indígenas, tienen como objeto garantizar y organizar la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S ¹¹ . El artículo 1 del <i>Decreto 330 de 2001</i> dictado por el Ministerio de Salud estableció que este tipo de entidades serían conformadas por cabildos y/o	El artículo 10 del <i>Decreto 1088 de 1993</i> , dispuso que los actos y contratos de naturaleza industrial o comercial de las asociaciones de los cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas se registrarán por el derecho privado.

⁸ Artículo 177 de la *Ley 100 de 1993*.

⁹ Artículo 1 del *Decreto reglamentario 1480 de 1989*.

¹⁰ Artículo 2 del Decreto 1480 de 1989.

¹¹ Artículo 2 del Decreto 330 de 2001.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

	<p>autoridades tradicionales indígenas, las cuales contarían con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.</p>	
<p>Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de Salud.</p>	<p>Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley¹².</p>	<p>Las Cajas de Compensación Familiar previo decreto reglamentario¹³ del Gobierno Nacional sobre la materia, podrán prestar los servicios de salud a los derechos habientes de los afiliados al Instituto de los Seguros Sociales que laboren en sus empresas afiliadas y podrán suministrar medicamentos a los beneficiarios del Instituto sin menoscabo de los propios recursos económicos de las Cajas y con base en contratos civiles que garanticen a éstas los pagos oportunos de los servicios prestados o medicamentos suministrados¹⁴.</p> <p>A su turno, el artículo segundo del Decreto 785 de 1989, estableció que: "los contratos que celebre el Instituto de Seguros Sociales con la Cajas de compensación Familiar, en desarrollo del artículo 87 de la Ley 21 de 1982, serán de naturaleza civil y para todos los efectos jurídicos se les aplicarán las normas del Código Civil y sus reglamentaciones sobre la materia".</p>
<p>Entidades que administren Planes Adicionales de Salud – PAS-.</p>	<p>Se entiende por Plan de Atención Adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.</p> <p>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 propias¹⁵.</p>	<p>La Corte Constitucional, en <i>sentencia T-158 de 2010</i> señaló que la prestación de los servicios contratados con las entidades que administraban Planes Adicionales de Salud –PAS– se regía exclusivamente por las cláusulas del contrato suscrito entre el usuario y la entidad respectiva, por lo tanto, tal relación contractual era eminentemente de derecho privado.</p> <p>A su turno, la <i>sentencia T-126 de 2014</i>, distinguió cada uno de las modalidades de PAS, en los siguientes términos:</p> <p>"Dichos Planes Adicionales de Salud pueden ser de tres tipos: (i) Planes de atención complementaria en salud (PAC), que son aquellos beneficios que</p>

¹² Artículo 39 de la Ley 21 de 1982.

¹³ Decreto 785 de 1989.

¹⁴ Artículo 87 de la Ley 21 de 1982.

¹⁵ Artículo 18 del Decreto 806 de 1998.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

		<p>comprenden actividades, intervenciones y procedimientos no incluidos en el POS o expresamente excluidos de éste, o condiciones de atención diferentes, como por ejemplo, el ofrecer más comodidad y una completa red prestadora de servicios; (ii) Planes de medicina prepagada, que se estipulan a través de contratos privados que se rigen por cláusulas determinadas y que se convierten en ley para las partes; y, (iii) Pólizas de salud, que se rigen por las normas contractuales del seguro de salud respectivo y son expedidas por las compañías aseguradoras" (Se destaca).</p>
<p>Régimen de excepción de salud.</p>	<p>El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispuso que son considerados regímenes de excepción los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El Sistema de Salud aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990. 2. El Sistema de Salud de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG): Dicho fondo fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y el cual es administrado por la FIDUPREVISORA¹⁶. 	<p><u>1. El numeral 1-b del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 estableció que los ministerios son entidades estatales y teniendo en cuenta que las Fuerzas Militares y la Policía Nacional son entidades que se encuentran adscritas al Ministerio de Defensa, se impone concluir que se aquellas están sometidas a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.</u></p> <p>2. El FOMAG se encuentra administrado por la FIDUPREVISORA a través de una fiducia mercantil¹⁷, figura diferente a la fiducia pública y/o encargo fiduciario previstos en el numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹⁸.</p> <p>Así las cosas, la referida fiducia mercantil se somete a las reglas de derecho privado <<artículos 1226-1244 Código de Comercio>>.</p> <p>3. Ecopetrol es una sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará</p>

¹⁶ Artículo 3 de la Ley 91 de 1989: "Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. (...)".

¹⁷ LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, suscribieron un contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 0083 del

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

	<p>3. El Sistema de Salud de los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) y los pensionados de la misma.</p>	<p>Ecopetrol S. A¹⁹.</p> <p>En consecuencia, el artículo 6º de la Ley 1118 de 2006 estableció lo siguiente: “todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa”.</p> <p>A su turno, el artículo 7º de la misma normatividad señaló que: “Una vez ocurra el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A., la totalidad de los servidores públicos de Ecopetrol S. A. tendrán el carácter de trabajadores particulares y por ende, a los contratos individuales de trabajo continuarán aplicándoles las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977, según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten.</p> <p>Los trabajadores y pensionados de</p>
--	---	---

21 de junio de 1.990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C., prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente.

¹⁸ Artículo 32 Ley 80 de 1993: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales a que se refiere el presente Estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...). 5. Encargos fiduciarios y fiducia pública. (...). **Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente**” (Se destaca).

¹⁹ Artículo 1 de la Ley 1118 de 2006: Autorizar a Ecopetrol S. A., la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la presente Ley, la sociedad quedará organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará Ecopetrol S. A., su domicilio principal será la ciudad de Bogotá, D. C., y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

		Ecopetrol S. A. continuarán rigiéndose por las normas ²⁰ que hoy les son aplicables en materia de seguridad social".
Entidades adaptadas de salud –EAS–.	El artículo 236 de la Ley 100 de 1993 dispuso que las cajas, fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades del sector público de cualquier orden, que con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo prestaran servicios de salud o ampararan a sus afiliados riesgos de enfermedad general y maternidad, tendrían dos años para transformarse en empresas promotoras de salud, adaptarse al nuevo sistema o para efectuar su liquidación, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional ²¹ .	En relación con el régimen jurídico de las entidades adaptadas de salud debe advertirse que las mismas eran una serie de instituciones de salud que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se transformaron en EPS y, en consecuencia se adaptaron al nuevo sistema de salud. En tal orden de ideas, el régimen de contratación de dichas entidades será el de las Empresas Promotoras de Salud –EPS–.
Entidades obligadas a compensar –EOC–.	El artículo 220 de la Ley 100 de 1993 hace referencia a la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Dicho precepto normativo dispuso que los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provenían de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las unidades de pago por capitación, UPC, que le serían reconocidos por el sistema a cada entidad promotora de salud. En tal orden de ideas, señaló que las entidades obligadas a compensar serían aquellas "cuyos ingresos por cotización sean mayores que las unidades de pago por capitación reconocidas trasladarán estos	El artículo 4 del Decreto 1283 de 1996 dispuso que: "Cada una de las subcuentas que compone el Fosyga deberá ser administrada mediante encargo fiduciario, sin perjuicio de que mediante un mismo encargo se administren todas o varias de ellas, de conformidad con los contratos fiduciarios. <u>"Los procesos de contratación estarán sujetos a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la reglamenten, adicionen o modifiquen"</u> (Se destaca).

²⁰ Acuerdo 01 de 1977 expedido por la Junta Directiva de Ecopetrol.

²¹ Las entidades adaptadas se encuentran reglamentadas en el Decreto 1890 de 1995.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

	<p>recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas".</p>	
<p>Universidades en sus actividades de salud.</p>	<p>El artículo 247 de la Ley 100 de 1993 reguló el tópico relacionado con el ofrecimiento de programas académicos en el área de salud por parte de las instituciones de educación superior, en los siguientes términos: "Para desarrollar programas de pregrado o posgrado en el área de salud que impliquen formación en el campo asistencial, las instituciones de educación superior deberán contar con un centro de salud propio o formalizar convenios docente-asistenciales con instituciones de salud que cumplan con los tres niveles de atención médica, según la complejidad del programa, para poder realizar las prácticas de formación. En tales convenios se establecerán claramente las responsabilidades entre las partes (...)".</p>	<p>El artículo 93 de la Ley 30 de 1992, dispuso que salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.</p> <p>No obstante lo anterior, se exceptuaron de tal disposición los contratos de empréstito, los cuales se someterían a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.</p>

Del anterior cuadro ilustrativo se desprende que la mayoría de las instituciones que integran la categoría de la EAPB someten sus actos y/o contratos a las normas de derecho privado, razón por la cual, se impone concluir que sus actividades de contratación no se rigen por los dictados de la Ley 80 de 1993, cosa distinta ocurre con las **i) entidades que están obligadas a compensar y ii) con el régimen de excepción de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional**, de conformidad con las consideraciones que, a continuación, pasan a explicarse.

4.3. Naturaleza jurídica del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA– y su relación con las entidades obligadas a compensar. Caso concreto.

El artículo 218 de la *Ley 100 de 1993* creó el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA– como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud –hoy Ministerio de la Protección Social– la cual se ha de manejar por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo dispuesto en el **Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública**.

A su turno, el legislador determinó que dicho fondo tendría las siguientes subcuentas independientes:

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

A su turno, el artículo 3º del *Decreto-reglamentario 1283 de 1996* determinó que los recursos del FOSYGA se manejarían de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinarían exclusivamente a las finalidades consagradas para éstas en la ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 48²² de la *Constitución Política de 1991*.

²² Artículo 48 de la Constitución Política: (...).No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. (...).

Adicionalmente, la referida reglamentación advirtió que los intereses y rendimientos financieros que produjeran cada una de ellas se incorporarían a la respectiva subcuenta, previo el cumplimiento de las normas presupuestales que le fueren aplicables a cada una de ellas.

Ahora bien, en el asunto *sub lite* sólo se abordará el análisis de la denominada subcuenta de compensación y, en relación con ella, debe destacarse que su finalidad²³ radica en permitir la **operación de compensación**²⁴ en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, operación que se define **como aquel procedimiento a través del cual se descuenta de las cotizaciones recaudadas**, de conformidad con lo dispuesto el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 <<modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007>>²⁵, los

²³ Artículo 8 del Decreto-reglamentario 1283 de 1996.

²⁴ Artículo 11 del Decreto 4023 de 2011: Se entiende por compensación, el proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas íntegramente e identificadas de manera plena por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC), para cada periodo al que pertenece el pago de la cotización; los recursos destinados a financiar la subcuenta de Promoción de la Salud del Fosyga, los de solidaridad del Régimen de Subsidios en Salud que financian la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga y los recursos que el Sistema reconoce a las EPS y a las EOC por concepto de Unidades de Pago por Capitación (UPC).

Como resultado de lo anterior, los recursos provenientes del superávit de las cotizaciones recaudadas se trasladaran a las respectivas subcuentas del Fosyga y este, a su vez, girara o trasladara a las cuentas de las EPS y EOC las sumas que resulten a su favor. En el proceso de compensación se reconocerán a las EPS y EOC los recursos para financiar las actividades de promoción y prevención. De igual forma, se reconocerán los recursos de la cotización a las EPS y a las EOC para que estas entidades paguen las incapacidades por enfermedad general a los afiliados cotizantes.

²⁵ Artículo 204 de la Ley 100 de 1993: Monto y distribución de las cotizaciones. Modificado por el art. 10, Ley 1122 de 2007, el nuevo texto es el siguiente: "La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La

recursos que el sistema reconoce a las Entidades Promotoras de Salud –EPS– para garantizar la prestación de servicios de salud a sus afiliados y demás beneficios del sistema.

En línea con lo anterior, resulta menester destacar que el artículo 220 de la Ley 100 de 1993 estableció que los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo de salud provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las unidades de pago por capitación –UPC– que le serían reconocidos por el sistema de salud a cada Entidad Promotora de Salud –EPS–.

Además, estableció que las **entidades obligadas a compensar** eran aquellas cuyos ingresos por cotización fueren mayores que las unidades de pago por capitación reconocidas, razón por la cual, tienen a su cargo la obligación de traslado de tales recursos a la **subcuenta de compensación**, para financiar a las entidades en las que aquellos sean menores que las últimas.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que el segundo inciso del artículo 4º del *Decreto-reglamentario 1283 de 1996* dispuso que **los procesos de**

cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%). (...)"

contratación estarían sujetos a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y las demás normas que la reglamentaran, adicionaran o modificaran.

Ante tal panorama normativo, la Sala observa que la relación existente entre las entidades obligadas a compensar y el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA– se enmarca, en principio, dentro de una operación administrativa de compensación de cuentas provenientes del sector salud, de la cual resulta un traslado de recursos a la Subcuenta de Compensación, a la cual se refiere el artículo 8 del *Decreto-reglamentario 1283 de 1996*.

Así, pues, se puede concluir que de este tipo de relación podrían surgir una serie de contratos, tales como acuerdo de pago de los servicios de salud, los cuales estarían regidos por los dictados de la Ley 80 de 1993, comoquiera que el artículo 218 de la *Ley 100 de 1993* y el inciso segundo del artículo 4º del *Decreto-reglamentario 1283 de 1996*, respetivamente, dispusieron que el FOSYGA se manejaría por encargo fiduciario, **de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y que los procesos de contratación del fondo aludido estarían sujetos a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la reglamentaran, adicionaran o modificaran.**

En línea con el anterior razonamiento, esta Subsección observa que el numeral 7.2 de la *Circular Externa No. 061* dictada por la Superintendencia Nacional de Salud, el 10 de junio de 2010, infringe el artículo 6 de la *Ley 80 de 1993*, en cuanto le prohibió a las *entidades obligadas a compensar* la celebración de contratos con consorcios y/o uniones temporales; en

efecto, el artículo 6 de la Ley 80 hace referencia a la capacidad de contratación estatal, en los siguientes términos:

*“Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. **También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales**”.*

A lo anterior, se agrega que la Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993 en lo que tiene que ver con la “capacidad para contratar” puso de presente lo siguiente:

“La celebración de cualquier género contractual exige como requisito de validez la necesaria aptitud legal de los sujetos para obligarse por sí mismos. Esa aptitud cuando se predica de un ente estatal se denomina “competencia”, en tanto que se denominará “capacidad”, cuando alude al particular.

a) Capacidad de los contratistas

El artículo 60 (sic) del proyecto se refiere a los contratistas como uno de los sujetos de la relación contractual y, por lo tanto, a la capacidad. El proyecto al respecto mantiene los principios que en las disposiciones vigentes se establecen para el efecto. **Es decir, podrán celebrar contratos estatales todas aquellas personas a quienes la ley otorgue capacidad para obligarse por sí mismas y sin el ministerio o autorización de otra, siendo su consagración la regla general, en tanto que la incapacidad será la excepción.**

Sobre este aspecto, es importante resaltar que el citado artículo 6º confiere capacidad legal para contratar a los consorcios y uniones temporales, figuras que se definen en el artículo 7º.

Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada “ventaja comparativa”, ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc.,

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario, debe reconocérsele. Y es precisamente ello lo que se pretende al conferir personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato a las uniones temporales y a los consorcios”²⁶.

Nótese como el legislador facultó, de manera clara y expresa, a las entidades estatales para que contrataren con consorcios y/o uniones temporales, razón sencilla pero suficiente, para afirmar que la prohibición impuesta a **las entidades obligadas a compensar** resulta contradictoria con lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Estatal.

4.4. Régimen de excepción de salud de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990.

El numeral 1-b del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 definió a las entidades estatales en los siguientes términos:

*Artículo 2.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos.
Para los solos efectos de esta Ley:*

1o. Se denominan entidades estatales: (...).

*b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, **los ministerios**, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas*

²⁶ Gaceta del Congreso de la República No. 75 del 23 de septiembre de 1992.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

A su turno, debe destacarse que la jurisprudencia de esta Corporación de antaño ha precisado que la naturaleza del contrato estatal no obedece al régimen jurídico o legal que lo informa **sino a la naturaleza pública de la cual participa la entidad que lo suscribe:**

“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”²⁷

En línea con esta premisa se impone destacar que para determinar la naturaleza jurídica de un contrato será necesario esclarecer primero la naturaleza de las partes que concurren a su celebración, de tal manera que si una de ellas se encuentra integrada o conformada por una de las entidades que la misma Ley 80 califica como estatales en el numeral 1 de su artículo 2, el contrato en cuestión corresponderá a la categoría de los estatales, independientemente de que su régimen específico o su tipificación se encuentren consagrados en el propio Estatuto de Contratación Estatal, en las normas del derecho privado, en disposiciones

²⁷ Sección Tercera del Consejo de Estado, 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

especiales o incluso si perteneciere a la clasificación de los atípicos y/o innominados.

En consecuencia, los contratos celebrados por las entidades enunciadas en el artículo segundo de la Ley 80 de 1993, en cuanto corresponden a la categoría de los contratos estatales, por regla general deberán regirse en su integridad, esto es en los aspectos relacionados con su formación, perfeccionamiento, ejecución y liquidación, por las disposiciones contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal y en lo que allí no se encuentre expresamente regulado se incorporarán las disposiciones comerciales y civiles pertinentes. Así lo dispone con claridad el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80, a cuyo tenor:

“Artículo 13. *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”*

Con todo, en aquellos asuntos en que la propia Ley 80 o disposiciones legales posteriores, de manera específica y expresa, excluyan del ámbito del Estatuto de Contratación Estatal, total o parcialmente, se regirán por las normas a cuya aplicación haya lugar.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las Fuerzas Militares y la Policía Nacional son entidades que se encuentran adscritas al Ministerio de Defensa, se impone concluir que aquellas están sometidas a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, tanto así que, a título de ejemplo, debe

destacarse que, de manera reciente, el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la *Resolución 6302 de 31 de julio de 2014*, adoptó el Manual de Contratación del Ministerio de Defensa Nacional y, sus Unidades Ejecutoras.

Así pues, se encuentra que la prohibición impuesta al régimen de excepción aludido resulta contradictoria con lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Estatal, toda vez que tal como se ha señalado en líneas atrás, las entidades estatales se encuentran facultadas para celebrar contratos con consorcios y/o uniones temporales.

5. Análisis del cargo por violación del artículo 150 de la Constitución Política, incompetencia de la autoridad que expidió el acto acusado.

De conformidad con la reserva legal establecida a favor del Congreso de la República, en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política²⁸, la expedición del estatuto de contratación estatal debe realizarse a través de norma con fuerza de ley en sentido formal, lo cual se cumplió con la *Ley 80 de 1993*, contentiva del régimen de la contratación estatal.

Con el propósito de introducir el alcance de la figura de la reserva de ley, la Sala acude a citar a la Corte Constitucional:

“La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen

²⁸ “Artículo 150 C.P “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. ... todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser 'delegadas' mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser 'deslegalizadas', esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución"²⁹.

La apreciación acerca del alcance de la reserva legal que se viene comentando, fue también expuesta por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

"... la doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1265 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

RADICACION: 40.108
ACTOR: Arleys Cuesta Simanca

*No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338)."*³⁰

Ahora bien, en el caso concreto, frente a la disposición del artículo 6° de la Ley 80 de 1993 les estaba permitido a las entidades estatales contratar con los consorcios y uniones temporales. A juicio de la Sala, las instrucciones contenidas en la Circular Externa No. 061 de 2010 modifican la regla del artículo 6° del citado Estatuto de Contratación Estatal, comoquiera que al establecer una prohibición general a las EAPB de contratar con las mencionadas formas de asociación, está impidiendo que las entidades obligadas a compensar y el régimen de excepción de salud de los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional <<los cuales se encuentran sometidas a las disposiciones de la Ley 80 de 1993>> puedan contratar con consorcios y/o uniones temporales.

Así las cosas, se ratifica en el caso *sub judice* que la Circular Externa No. 061 de 2010 introdujo una prohibición no contemplada en la ley, comoquiera que un grupo de entidades integrantes de las EAPB se encuentra amparada por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004. Rodrigo Escobar Gil.

Para concluir este punto, se acoge la jurisprudencia expresada en el auto que se cita a continuación, acerca de los límites de la potestad reglamentaria de las Directivas Presidenciales, en materia de contratación estatal:

“La actividad de contratación con las entidades estatales se encuentra regulada de manera general por las disposiciones legales que integran el Estatuto de Contratación de la Administración Pública -conformado básicamente por las leyes 80 y 1150-, en virtud de la prohibición contenida en el aludido artículo 84 de la Carta le está vedado a toda autoridad -incluido el Presidente de la República-, agregar requisitos, exigencias o trámites para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría, como aquellos a los cuales hacen referencia las demandadas Directivas Presidenciales 03 de 2006 y 02 de 2007, ninguno de ellos consagrados, previstos o siquiera autorizados por las referidas normas legales que -se reitera- han regulado de manera general la contratación estatal. Para la Sala, las Directivas “Presidenciales acusadas establecen una serie de exigencias o requisitos adicionales a aquellos que ya han sido instituidos por la ley y el reglamento, lo cual se traduce en una violación flagrante del mencionado artículo 84 superior.”³¹”

6. Análisis del cargo por violación del artículo 121 de la Constitución Política.

El artículo 121 de la Carta Política consagró que ninguna autoridad del Estado podría ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación 11001-03-26-000-2007-00040-00 Expediente: 34144, auto de 7 de enero de 2008, Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Emerson Vicente Solórzano Riaño.

Como corolario de lo anterior, se destaca que el principio de legalidad en la actuación de las Ramas del Poder Público encuentra indiscutible y acendrado fundamento en los Estados democráticos desde la modernidad y en tal condición impone a los funcionarios de la Administración la sujeción a la Constitución y a las leyes en sus actuaciones. La condición exorbitante de los poderes del Estado en relación con su actuación frente a los particulares es algo que demanda de la legalidad, para su legitimidad. El apego y obediencia a las leyes, el desarrollo de las competencias que éstas de manera expresa conceden a los funcionarios constituye, de principio a fin, una de las bases de la obligación que tienen los ciudadanos de obedecer lo que éstos ordenan.

Los doctrinantes Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández explicaron que toda acción administrativa se presentaba como un ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y, en tal orden de ideas, concluyeron que la Administración no podía actuar sin una atribución legal previa de potestades³².

En el asunto *sub judice*, se observa que la Superintendencia de Salud al establecer una prohibición a un grupo de entidades de diferente naturaleza jurídica, entre las cuales, se encontraba una serie de entidades sometidas al *imperium* de la Ley 80 de 1993, ejerció una función encomendada al Legislador, toda vez que modificó un aspecto previamente regulado en el citado Régimen de Contratación Estatal, motivo por el cual, se encuentra que el referido precepto constitucional fue violado.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 16ª Edición. Editorial Thomson Civitas.

7. Así las cosas, en virtud del principio de conservación del derecho³³ y teniendo en cuenta que la norma acusada admite una interpretación que se ajusta al ordenamiento jurídico, esta Subsección condicionará el aparte “no es viable jurídicamente que las administradoras de planes de beneficios EAPB contraten con consorcios y/o uniones temporales para la prestación de servicios de salud de sus afiliados, toda vez que al carecer de la debida habilitación estos no podrán ofertar servicios de salud, lo cual conllevaría a que dichos consorcios y/o uniones temporales realicen operaciones de intermediación que se encuentran prohibidas en la normatividad vigente” contenido en el numeral 7.2. de la Circular Externa No. 061 de 2010, **en el entendido de que dicha norma NO se le aplicará a las entidades obligadas a compensar y a los régimen de excepción de salud de los miembros de la Fuerzas Militares y la Policía Nacional.**

³³ Consultar Sentencia C-065 de 1997 en la cual se analizó el principio de conservación del derecho en los siguientes términos: “La jurisprudencia de esta Corporación considera que uno de los criterios que debe orientar sus decisiones es el llamado “**principio de la conservación del derecho**”, según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático. **Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla exequible de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento**” (Se destaca).

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

DECLÁRASE ajustado a derecho el *numeral 7.2. de la Circular Externa No. 061 de junio 10 de 2010*, en el entendido de que la prohibición contenida en dicho acto administrativo no se le hará extensiva a las entidades obligadas a compensar y al régimen de excepción de salud de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, comoquiera que éstas se encuentran sometidas a las disposiciones de la *Ley 80 de 1993*.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA