

RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Unidad de pago por captación (UPC)

De la lectura de las normas de la ley 100 de 1993 que se consideran infringidas, se observa que el legislador permitió a las EPS organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (Art. 177) y estableció la posibilidad de que dichas entidades, para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, puedan prestar directamente los servicios de salud o contratarlos con instituciones prestadoras y con profesionales (Art. 179). En modo alguno resulta atinado suponer que la normativa atacada quebranta lo dispuesto en los artículos 156, 177, 179, 181, 183 y 215 de la Ley 100 de 1993, pues lo que la Circular demandada considera como práctica insegura e ilegal es la inversión de recursos parafiscales provenientes de la UPC en infraestructura y no la inversión en infraestructura con recursos propios de la EPS. Si bien es cierto, como lo señala el actor, que la sentencia C-1041 de 2007 de la Corte Constitucional declaró exequible la posibilidad de que las EPS contraten, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS hasta el 30% del valor del gasto en salud, no por ello debe entenderse que las EPS quedaron autorizadas para invertir los recursos provenientes de la UPC en la infraestructura que se requeriría para la prestación del servicio de salud de forma propia. Lo que en realidad prescribe la norma es una limitación a la contratación que las EPS directamente o a través de terceros, pueden hacer con sus propias IPS, la cual no podrá superar el 30% del valor del gasto en salud, y ello es muy diferente a considerar que ese 30% se puede invertir en infraestructura propia para la prestación del servicio. Fue el mismo constituyente quien determinó que los recursos de la seguridad social llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones no pueden ser utilizados con fines diferentes a los que están destinados, de donde se deriva su carácter de recursos parafiscales, por lo cual tampoco pueden ser objeto del giro ordinario de los negocios de las EPS, ni formar parte de los bienes de tales entidades. Desde esta perspectiva, los recursos provenientes de la UPC no pueden catalogarse como rentas propias de las EPS, en tanto éstas no pueden disponer libremente de estos recursos, que deben utilizar en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 156 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 177 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 179 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 181 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 183 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 215 / LEY 1122 DE 2007 – ARTICULO 15 / DECRETO 882 DE 1998 – ARTICULO 2 / DECRETO 1804 DE 1999 – ARTICULO 13 / DECRETO 1485 DE 1994 – ARTICULO 11 / DECRETO 1485 DE 1994 – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 333 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 334

NOTA DE RELATORIA: Naturaleza jurídica de las circulares, Consejo de Estado, Sección Primera, providencia de 19 de marzo de 2009, Rad. 2005-00285, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

NORMA DEMANDADA: CIRCULAR EXTERNA 049 DE 2008 (2 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – NUMERAL 1.9.8. (No anulado).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-24-000-2008-00385-00

Actor: DIEGO LUIS GUTIERREZ LACOUTURE

Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Referencia: ACCION DE NULIDAD

El ciudadano, DIEGO LUIS GUTIERREZ LACOUTURE, actuando en nombre propio, y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener declaratoria de nulidad parcial de la Circular Externa No. 049 del 2 de abril de 2008, expedida por el Superintendente Nacional de Salud.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.1.La demanda

I.1.1 Normas violadas.

Señala como normas violadas los artículos 6, 29, 121, 333, 334 y 150-21 de la Constitución Política, artículos 156, 177, 179, 181, 183 y 215 de la Ley 100 de 1993, artículo 2º del Decreto 882 de 1998, artículo 13 del Decreto 1804 de 1999, artículos 11 y 13 del Decreto 1485 de 1994, artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

I.1.2. Concepto de la violación

El concepto de la violación fue expuesto por el accionante en los términos que se resumen a continuación:

I.1.2.1. Normas violadas de orden constitucional

I.1.2.1.1. Artículos 6 y 121 de la Constitución Política

Con los apartes demandados de la Circular Externa 049 de 2008 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud se infringen los artículos 6 y 121 de la Constitución Política por cuanto: ninguna norma de orden legal o constitucional faculta a la Superintendencia Nacional de Salud para consagrar los supuestos de hecho que constituyen las denominadas prácticas inseguras e ilegales, por lo cual es claro que el Superintendente se ha desviado de las atribuciones que le son propias.

Ahora bien, en cuanto a la discrecionalidad administrativa y a las competencias de la administración, menciona la sentencia C-921 de 2001, de la cual concluye que si bien la Superintendencia Nacional de Salud tiene una especial prerrogativa según la cual el incumplimiento de sus instrucciones por parte de los vigilados es sancionable por la misma entidad, dichas instrucciones deben ser expedidas con el debido respeto a la cláusula general de competencia.

En consecuencia se violan los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, pues la Superintendencia Nacional de Salud no se encuentra facultada para consagrar los supuestos que constituyen una práctica insegura, ilegal o no autorizada ni para definir el régimen de inversión de los recursos provenientes de la Unidad de Pago

por Capacitación- UPC- que el Estado le reconoce a las Entidades Promotoras de Salud- EPS.

Advierte en relación con el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 que la sentencia C-1041 de 2007 de la Corte Constitucional declaró exequible la posibilidad de que las EPS contraten, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS hasta el 30% del valor del gasto en salud, por lo que prohibir la inversión de la UPC en infraestructura, que precisamente es algo necesario e interesante para la prestación del servicio de salud de forma propia (dentro de los límites del 30%), es verdaderamente inaudito.

Lo máximo para lo que estaba facultada la Super Salud es para aplicar ese mismo límite del 30% para la inversión en infraestructura de la UPC, pero jamás para extenderlo al 100% que fue lo que hizo con la instrucción dictada en la circular que se demanda, posterior entre otras, tanto a la Ley 1122 como a la expedición de la sentencia.

Transcribe apartes de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la actividad de inspección, vigilancia y control, de la cual deduce que ésta no comporta la facultad para definir los supuestos normativos de las conductas que constituyen práctica ilegal e insegura, sin el debido respeto a las facultades que por ley le corresponden.

Manifiesta además que de acuerdo con el artículo 7° del Decreto Ley 259 de 1994, no se otorga a la Superintendencia la facultad de consagrar por fuera de lo que ya ha definido la ley o el reglamento, los supuestos normativos que constituyen una práctica insegura o ilegal ni la de definir el régimen de inversión de los recursos provenientes de la Unidas de Pago por Capacitación – UPC.

Indica que el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, también aludido por la Superintendencia Nacional de Salud como fundamento de su competencia para la expedición del acto atacado, no cataloga la inversión de los recursos provenientes de la UPC como práctica insegura e ilegal, con lo cual no es dado al ente de inspección, vigilancia y control tipificarlo de esta manera.

En consecuencia, la entidad demandada carecía de facultades para calificar como insegura una práctica de suyo cobijada por la Ley.

I.1.2.1.2. Artículo 29 de la Constitución Nacional

Expone que a través de la sentencia C-921 de 2001 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud por la violación a las instrucciones que ellos mismos profieren. Sin embargo, después de exponer, la importancia del principio de legalidad y la de sus componentes, los principios de reserva legal y de tipicidad, señaló, tomando como fuente el artículo 6 de la Constitución, que las instrucciones que profiere la Superintendencia cuyo incumplimiento es objeto de sanción, son las proferidas en ejercicio de sus competencias.

Es por ello que se encuentra imbricado en el acto administrativo que se impugna, la violación del debido proceso, pues da paso a que la Superintendencia Nacional de Salud, se abrogue facultades sancionatorias fundadas sobre una tipicidad irregular de supuestas prácticas inseguras e ilegales que han sido definidas a su criterio y excediendo sus facultades.

I.1.2.1.3. Artículo 333 de la Constitución

La Circular parcialmente demandada al establecer que la inversión de recursos provenientes de la UPC es una práctica insegura e ilegal, establece una restricción a la libertad económica en la medida en que impide que la EPS operen su objeto social y realicen una actividad económica lícita, con lo cual se infringe el artículo 333 de la Constitución Política en la medida que las restricciones a la libertad económica deben ser establecidas por el legislador.

Dentro de las funciones de las EPS, merecen especial mención las relativas a promover la afiliación de la población, organizar la forma y mecanismos para que los afiliados accedan a los servicios, definir procedimientos para garantizar el libre acceso a los afiliados a las instituciones prestadoras y establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las IPS, las cuales se prescriben en el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 y para el desarrollo de estas funciones, las EPS o ARS requieren de inversiones en infraestructura.

La facultad de invertir en infraestructura se deriva también de la facultad legal de prestar servicios directamente, como quiera que el ejercicio de esta opción o la de contratar la prestación con instituciones prestadoras de servicios de salud está contemplada en los artículos 117, 156, 179, 181, 183, 215 de la ley 100, siendo de notar que la prestación de servicios directamente comporta la inversión en infraestructura, la cual ha sido considerada jurisprudencialmente como un elemento intrínseco a la prestación del servicio de salud en sentencias tales como la C-974 de 2002, en la cual la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la obligación de exigir aprobación de los proyectos de inversión de los prestadores privados de salud por parte del Ministerio de Salud (hoy de la Protección Social), señaló que el concepto de servicios de salud incluye

aspectos tales como la infraestructura, equipos biomédicos de todo orden y dotación, entre otro.

Advierte que en la sentencia C- 616 de 2001 la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de los artículos 156, 177,179,181 y 183 de la Ley 100 de 1993, se consideró que la facultad que tienen las EPS para prestar directamente servicios por medio de sus Instituciones Prestadoras de Salud se ajustan a los valores, principios y normas constitucionales, se encontró que no solo no es contrario a la Constitución Política que la EPS puedan prestar servicios a través de sus propias IPS sino que la garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa de servicios por cuanto ello forma parte de la libertad económica, lo cual está siendo incumplido por parte de la norma acusada en tanto y en cuanto impide que pueda operar.

Otro de los elementos que constituyen el valor colectivo de la libertad económica es la libertad contractual la cual ha sido considerada como parte de la libertad económica en sentencia C-616 de 2001.

La libertad contractual también se restringe en la medida que al prohibirse la inversión en infraestructura la EPS o ARS no podrá contratar la prestación del servicio de salud cuando su opción elegida no sea la prestación directa, sino que tampoco podrá realizar los contratos necesarios para el cumplimiento de sus labores consistentes en definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados a los prestadores con los cuales se haya establecido convenios o contratos ni para organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados puedan acceder a los servicios.

No sobra señalar que el respeto a la libertad económica a favor de los particulares que participan en el sistema general de seguridad social en salud ha sido reconocida entre otras, en las sentencias C-616 de 2002, C-974 de 2002 y C-898 de 2003, al dejar en claro que cuando el legislador opta por permitir la participación de particulares dentro del Sistema, debe garantizar dicha participación con las condiciones propias de la libertad de empresa y de la libre competencia.

Manifiesta el actor que en este caso no se cumplen los requisitos que para restringir la libertad económica ha reconocido la Corte Constitucional en las sentencias C-616 de 2001, C-615 de 2002, C-974 de 2002 y C-898 de 2003, se ha señalado que si bien el Estado tiene el deber de organizar, dirigir, regular, controlar y vigilar la prestación de los servicios de salud, y si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía, dicha intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Dichos límites son los siguientes:

1. La intervención solo puede adelantarse mediante ley.
2. No puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa.
3. Debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación y,
4. Debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

A partir de lo anterior precisa que la norma acusada infringe todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la limitación de la libre competencia así:

1) La norma no fue proferida por el legislador.

2) Afecta el núcleo esencial de la libertad de empresa, pues evidentemente es una actividad económica en la que en la práctica se prohíbe operar, pues se restringe la libertad para destinar bienes para el desarrollo de la misma.

3) Tampoco se cumple con los requisitos de obedecer al principio de solidaridad, ni responden a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues la protección a los recursos de la salud claramente no puede llegar al punto de no permitir que las EPS y ARS operen el giro ordinario de su negocio consistente en organizar y garantizar la prestación del POS.

I.1.2.1.4. Artículos 334 y 150 numeral 21 de la Constitución

Expone que la norma parcialmente acusada viola el principio de reserva de ley para restringir la libertad económica e intervenir en la economía.

En consonancia con el cargo anterior, como quiera que se trata de una norma de intervención estatal en la economía y de una restricción a la libertad económica y ésta no se estableció por mandato de ley, se infringen también los artículos 334 y 150 numeral 21 de la Constitución.

I.1.2.2. Normas violadas de orden legal

I.1.2.2.1. Los artículos 156, 177, 179, 181, 183 y 215 de la Ley 100 de 1993:

Después de transcribir los artículos citados, el actor manifiesta que en la medida en que la norma acusada impide que las entidades puedan operar, se está infringiendo también la facultad de realizar inversiones en infraestructura

tendientes a la prestación de servicios de manera directa cuando la entidad ha optado por ejercer esta facultad.

Interpretando el espíritu de la norma, es claro que la intención del legislador fue la de permitir a través de los artículos que están siendo infringidos la inversión en infraestructura administrativa a través de los gastos de administración que contempla la UPC.

Por demás y finalmente, no tiene sentido que la misma Superintendencia de Salud establezca órdenes e instrucciones para que las EPS **“invieran en infraestructura”** tal como se exige en la Circular 039 de 2000 proferida por la entidad demandada, en cuyo numeral 2.1.3.1. se establece que *“Todas las EPS deberán implementar la infraestructura, los procedimientos y acciones necesarias para ejercer de manera inmediata y oportuna, un control estricto sobre la situación de mora en el pago de los aportes y cotizaciones por parte de los emperadores al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y ejercer las respectivas acciones de cobro pre jurídico y coactivo...”*, y por otro lado, prohíbe la inversión en infraestructura con recursos de la UOPC, cuando es evidente que para el desarrollo de la actividad de la entidad se requiere de la inversión en infraestructura con esos recursos que perciben para organizar y garantizar la prestación del POS, infraestructura tanto para el aseguramiento e infraestructura para la protección (dentro del límite del 30% del artículo 15 del Ley 1122 de 2007).

I.1.2.3. Normas violadas de orden reglamentario

I.1.2.3.1. Artículo 2° del Decreto 882 de 1998

Transcribe el artículo 2° del Decreto 882 de 1998 para señalar que el numeral 3° del mismo establece que las EPS y ARS que tengan cuentas por pagar superiores a 30 días calendario no podrán afectar los recursos provenientes de la Unidad de Pago por Capitación UPC en infraestructura asistencial o administrativa, de donde, contrario sensu, deduce el actor que dicha norma permite que las EPS y ARS que no tengan cuentas por pagar superiores a 30 días calendario sí pueden afectar los recursos provenientes de la UPC en infraestructura asistencial o administrativa.

En consecuencia, La instrucción impartida por la Superintendencia Nacional de Salud incurre en causal de nulidad al infringir una norma en que debería fundarse, con es el decreto reglamentario 882 de 1998.

I.1.2.3.2. Artículo 13 del decreto 1804 de 1999

Transcribe el artículo 13 del decreto 1804 de 1999 señalando que lo que en el se establece es una práctica autorizada, la cual también desconoce la Superintendencia Nacional de Salud al emitir el acto demandado, por lo cual como en el caso anterior, la norma acusada incurre en causal de nulidad la infringir una norma en que debería fundarse como es el Decreto reglamentario 1804 de 1999.

I.1.2.3.3. Artículo 11 del decreto 1485 de 1994

Transcribe el artículo 11 del Decreto 1485 de 1994 indicando que de este artículo devienen varios aspectos:

En el numeral primero, se establece que las operaciones financieras se deberán realizar una vez adelantado el proceso de compensación, el cual es definido por el artículo 2° del Decreto 2280 de 2004 como “el proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudados íntegramente e identificadas

plenamente por las EPS, y demás entidades obligadas a compensar, para cada período mensual- los recursos destinados a financiar las actividades de promoción y prevención, los de solidaridad del régimen de subsidios en salud y los recursos que el sistema reconoce a las EPS y demás EOC por concepto de UPC, así como los reconocidos para financiar el costo per cápita de las actividades de promoción y prevención incapacidad por enfermedad general y licencias d maternidad y paternidad.”

De acuerdo con el numeral primero, las EPS pueden realizar operaciones financieras una vez les es reconocida la Unidad de Pago por Capitación- UPC a través del proceso de compensación, siendo de anotar que en ningún momento se establece que las mismas no pueden destinar recursos provenientes de la UPC a inversión en infraestructura. Por lo anterior, la conducta que está permitida de acuerdo con esta norma, está siendo prohibida por la norma previamente acusada.

De acuerdo con el numeral 3° del artículo 11 del Decreto 1485 de 1994, durante los dos primeros años a partir de la expedición del certificado de autorización, las EPS podrán destinar hasta el tres por ciento (3%) de lo recibido por ciento de UPC promedio pondero a gastos de publicidad, lo cual evidentemente comporta autorización para invertir en infraestructura recursos provenientes de la UPC, de donde nuevamente la conducta que está permitida de acuerdo con esta norma, está siendo prohibida por la norma parcialmente acusada.

I.1.2.3.4. Artículo 13 del Decreto 1485 de 1994

Trascribe el citado artículo para señalar que de acuerdo con el citado Decreto las EPS pueden invertir en aquellas actividades directamente relacionadas con su

objeto social, conforme el régimen legal lo permita, dentro del cual merecen especial distinción el Decreto 882 de 1998 y el Decreto 1804 de 1999, de los cuales ya ha hecho mención.

I.1.2.4.Falsa Motivación- Artículo 84 del C.C.A.

Remitiéndose a lo expuesto sobre la inexistencia de alguna norma de rango superior a la norma demandada que señale que la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura es una práctica ilegal o insegura, es claro que cuando la entidad demandada está realizando una afirmación que es falsa, que no cabe dentro de la categoría de lo verídico, como quiera que como se ha expuesto, ninguna norma de rango superior al acto acusado señala como ilegal o insegura dicha práctica, y cuando como se ha demostrado, la misma se encuentra autorizada e incluso regulada de manera concreta por la misma Ley 1122 de 2007, artículo 15.

Se tiene entonces, que habría en este sentido, también, una falsa motivación de la norma parcialmente acusada dado que ninguna norma de rango superior establece como práctica insegura o ilegal la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A. procede la declaratoria de nulidad de los apartes demandados de la Circular Externa 049 de 2008, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud.

I.2. Intervención coadyuvante

VIVIAN PEREZ GOMEZ presenta coadyuvancia a la acción de nulidad simple contra el aparte de la Circular 49 de 2008 expedida por la Superintendencia

Nacional de Salud, que considera que la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura se cataloga como práctica insegura e ilegal, por lo cual no puede llevarse a cabo.”

Los argumentos se resumen a continuación:

Considera que el concepto de parafiscalidad no nació ni nunca fue tan estricto como la Superintendencia de Salud lo ha interpretado en el aparte demandado de la Circular 49 de 2008.

Estima que el Decreto 1485 de 1994 en los artículos 2, 10 (ya derogado) y 11 permite la inversión en infraestructura por parte de las EPS con cargo a la UPC.

Señala que la única prohibición existente es la contenida en el Decreto 882 de 1998, pero solo cuando la entidad tuviese cuentas por pagar superiores a 30 días calendario contados desde la fecha prevista para su pago, de lo cual deriva la coadyuvante que si las cuentas por pagar no superan ese límite, la inversión en infraestructura si está permitida con cargo a la UPC.

Menciona el fallo de 30 de julio de 2009 Ref. 2005 00199 01, con ponencia de Martha Sofía Tobón, para señalar que en la misma no se tomó en cuenta la sentencia C-394 de 2004 en la cual la Corte Constitucional declaró exequible la escisión del ISS, de la cual transcribe algunos apartes que, a su juicio, favorecen la inversión en infraestructura con recursos de la UPC.

Expone los conceptos del antiguo Ministerio de Protección Social y del de Hacienda y Crédito Público, de los que, a su entender, se deriva la posibilidad de hacer inversiones en infraestructura con recursos de la UPC.

Advierte que no hay un tratamiento igualitario pues a las EPS del régimen subsidiado si se les permite el uso del excedente en adquisición de infraestructura en salud, según el artículo 13 del Decreto 1804 de 1999.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1 Contestación de la demanda.-

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, mediante apoderada contestó la demanda con los argumentos que se resumen a continuación:

II.1.1. Funciones y objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente a la cual le corresponde las funciones que igualmente competente en amerita de inspección, vigilancia y control.

En concordancia con el artículo 40 de la Ley 1122 de 2007, también son funciones de la Superintendencia Nacional de Salud las señaladas en el artículo 8 del Decreto 1018 de 2007, en especial: *“8. Emitir órdenes de inmediato cumplimiento*

necesarias para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas dopen las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.”

La Circular Externa 049 de 2008 también encuentra su fundamento legal en el artículo 30 de la Ley 1122 de 2008 que fija los objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con el artículo 3 del citado decreto.

De conformidad con las normas mencionadas se deducen las funciones y competencias que tiene asignadas la Superintendencia Nacional de Salud. En consecuencia, las EPS, las entidades que presten servicios de medicina prepagada y las administradoras de los recursos del régimen subsidiado, son sujetos de inspección, vigilancia y control por parte de la citada Superintendencia en lo que respecta al adecuado funcionamiento y aplicación de los recursos públicos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de ahí que pueda emitir instrucciones tendientes a prohibir las prácticas irregulares, tales como la inversión en infraestructura con recursos de la UPC.

Analizando el contenido de la normatividad, encuentra esta defensa que precisamente su representada en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 1018 de 2002, y con el propósito de velar por la transparencia de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, expidió la Circular Externa 049 de 2008 por medio de la cual se modifican las instrucciones generales y remisión de información para la inspección, vigilancia y control contenidas en la Circular Externa 047 de 2008.

II.1.2. Los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son públicos.

Existe la responsabilidad a cargo del Estado de garantizar la prestación adecuada de la Seguridad Social, la Constitución Política refirió a la Ley la responsabilidad trascendente de determinar la prestación de los servicios y la forma como las entidades públicas o privadas podrán asumir esa prestación, mandato constitucional desarrollado mediante la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia y se dispuso que la prestación del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, se diera bajo un sistema reglado, con criterios de progresividad, equidad, solidaridad y universalidad procurando la distribución de los recursos del sistema, a través de la conceptualización de un régimen contributivo y de un régimen subsidiado en salud.¹

Las responsabilidades asignadas por ley, en desarrollo de los mandatos constitucionales que protegen el derecho a la seguridad social en salud de la población, exigen de las Entidades Promotoras de Salud el máximo de cuidado con los recursos públicos de la Seguridad Social en Salud que administran y, por lo mismo, la máxima diligencia en las modalidades, condiciones y calidad que exijan a quienes prestan servicios de salud, lo que quiere decir que no les es permitido utilizar dichos recursos que tiene una destinación específica en actividades diferentes al aseguramiento.

II.1.3. De las normas supuestamente vulneradas

El actor fundamenta sus pretensiones en el artículo 5 del Decreto 1259 de 1994, norma que se encuentra derogada por el Decreto 1018 de 2007.

¹ Artículos 48 y 49 de la Constitución Política y 1º, 2º, 3º, 4º, 202 y 211 de la Ley 100 de 1993.

Precisa que el Decreto 1018, fue expedido el 30 de marzo de 2007, la Circular 047 (por medio de la cual se imparten instrucciones generales y remisión de la información para la inspección, vigilancia y control) fue expedida el 30 de noviembre de 2007 y la Circular Externa 049 (modifica las instrucciones generales y remisión de la información contenida en la Circular Externa 047) lo fue el 5 de abril de 2008, cuando ya había sido derogado el Decreto 1259 de 1994, lo que le lleva a concluir que no tiene asidero legal las pretensiones del actor.

Considera que olvida el demandante la definición que sobre los conceptos de inspección, vigilancia y control trae la Ley 1122 de 2007, que fueron precisamente sobre las cuales se fundamentaron las instrucciones impartidas por la Superintendencia en la Circular atacada; lo que le lleva a concluir que el demandante no estudió con profundidad el fundamento de sus pretensiones.

Al existir una norma actual, que precisa los conceptos de inspección, vigilancia y control no se puede traer a colación una sentencia del Consejo de Estado expedida con mucha anterioridad a la norma, pues legalmente las definiciones de inspección, vigilancia y control se encuentran expresamente señaladas en la ley.

Al tenor del artículo 35 de la Ley 1122 de 2007, es parte de la vigilancia que ejerce la Superintendencia el hecho de prevenir y orientar a sus vigilados a través de la Circular Externa 049 de 2008 sobre la prohibición de utilizar los recursos de la Unidad de Pago por Capitación para inversiones y advertir que de darse tal situación se constituye una práctica ilegal o irregular, de tal suerte que dicha advertencia no solo la realizó el ente de control dentro del marco constitucional, pues se trata de recursos con destinación específica, sino que también lo hizo dentro del marco legal, amparada incluso entre otros, en los artículos 156, 177,

179, 282 parágrafo 1, 182 y 183, parágrafo 1 de la ley 100 de 1993 que han sido señalados erróneamente por el demandante como vulnerados.

Conforme lo señalado en los artículos 68 de la ley 715 de 2001, le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud, velando por el adecuado financiamiento y aplicación de los recursos públicos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De igual manera, el Decreto 1018 de 1007 y la Ley 1122 del mismo año, facultan a la Superintendencia Nacional de Salud para impartir instrucciones a los vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad.

Ahora bien, cabe señalar que la UPC construye la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación del servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado.

Dada la naturaleza pública y parafiscal de dichos recursos, las EPS deben asumir una administración absolutamente cuidadosa y prudente de los recursos recibidos por concepto de UPC y solo pueden hacer uso de ellas para actividades dirigidas esencialmente a la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados y su administración, constituyéndose en irregular el uso de los recursos de la unidad de pago por citación para otros fines.

Es preciso indicar que las Entidades Promotoras de Salud no pueden hacer uso de los recursos de la seguridad social en salud, recibidos por concepto de la UPC, para actividades diferentes a la aprobación del POS a sus afiliados. Solo con los recursos que provengan de los excedente al finalizar el ejercicio, de la

comercialización de planes complementarios de salud, el aumento del capital generado con recursos que provengan de incremento en los aportes, donaciones, o cualquier otra fuente de ingresos legal distinta a la UPC, pueden, las EPS, ejecutar inversiones, construir reservas o en general realizar gastos ajenos, aunque relacionados con su objeto, a la obligación Constitucional de prestar el plan obligatorio de salud para los habitantes del territorio nacional.

Así las cosas, solo con los recursos que provengan de la comercialización de planes complementarios de salud, el incremento en los aportes, donaciones, o cualquier otra fuente legítima de ingresos, distinta a la unidad de pago por capitación, pueden las entidades promotoras de salud ejecutar inversiones, constituir reservas o en general realizar gastos ajenos a la obligación Constitucional de prestar el plan obligatorio de salud, con las restricciones propias del objeto social de la persona jurídica.

El Decreto 882 de 1999 lo que significa, en contra de lo que afirma el actor, es que, si en condiciones normales no existe posibilidad alguna de utilizar los recursos de la UPC, mucho menos podrá hacerse cuando la entidad comienza a tener dificultades en el pago de sus obligaciones y a presentar Estados de iliquidez, así que, no existe ninguna vulneración del aparte demandado al Decreto 882 de 1999, pues, como se ha insistido, es clara la destinación específica de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Reitera que la ejecución de inversiones tales como la compra de cuotas, aportes o acciones en otras personas jurídicas, las inversiones en infraestructura, la constitución de nuevas personas jurídicas, la revalorización y amortización de los aportes, y la constitución de fondos y reservas de cualquier naturaleza, solo pueden hacerse con los recursos que provengan del aumento en los aportes de

los asociados, de los réditos que genere la operación, de planes complementarios o del excedente anual de las operaciones de la persona jurídica.

Ahora respecto a la libertad económica, se tiene entonces que, por un lado, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufren menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Constitución Política.

Por consiguiente, si bien los particulares están habilitados constitucionalmente para la prestación de los servicios de salud, el ejercicio de la libertad de empresa y de la libre competencia que les asiste a las entidades tanto en el campo de la administración como de la prestación de los servicios de salud debe enmarcarse en los límites propios que les impone el ámbito de regulación propio del sistema, que no resulta incompatible con la libertad de las EPS para realizar actividades propias de la órbita privada, siempre y cuando aquellos actos tengan como finalidad garantizar el desarrollo de su objeto social.

Añade que la Unidad de Pago por Capitación contempla un porcentaje para los gastos de administración y otro para la prestación de los servicios de salud, pero esto en manera alguna implicar que deba, como lo pretende el demandante, utilizarse para inversión en infraestructura, puesto que ello sería como permitir que con los recursos públicos se enriquezcan terceros bien públicos o privados, pues no se puede desconocer el origen de la UPC y la destinación de la misma,

teniendo en cuenta la forma como se comporta tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

III- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo considera que los cargos de la demanda no están llamados a prosperar por los argumentos que se resumen a continuación:

En primer término cabe anotar que las circulares de servicio son susceptibles de control jurisdiccional sólo en la medida que generen efecto vinculante con los administrados, como ocurre con la norma demandada.

Añade que la Circular 049 de 2008 fue expedida por la Superintendencia con base en las facultades otorgadas por la Ley 1122 de 2007 y el Decreto 1018 de 2007, como sujeto rector del Sistema de Inspección Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Advierte que de conformidad con los artículos 177, 178 y 179 de la Ley 100 de 1993, las EPS tienen a su cargo la organización y garantía de la prestación del Plan de Salud Obligatorio- POS para sus afiliados y, para su financiamiento la misma disposición ha previsto el reconocimiento de la Unidad de Pago por Capitación- UPC, que le reconoce por cada uno de los afiliados la cual se fija para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su conjunto, y no en consideración a las Empresas Prestadoras de Salud que integran el Sistema, pues se tiene como finalidad la creación de mejores condiciones de acceso al Plan Obligatorio de Salud- POS, a fin de garantizar que toda la población tenga acceso al mismo.

Precisa que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de conformidad con la Ley 100 de 1993, son dineros públicos de naturaleza parafiscal, producto de las cotizaciones que paguen los afiliados a las Empresas Prestadoras de Salud. Por ende, tales recursos son del Sistema y las EPS solo se limitan a recaudarlo, al punto de que para el manejo de los mismos debe abrir cuentas independientes del resto de bienes y recursos de la entidad. Una vez recaudados las respectivas cotizaciones y como resultado del proceso de compensación, el Sistema reconoce la suma derivada de la Unidad de Pago por Capacitación, por cada uno de los afiliados, monto que se ha establecido para financiar la prestación de los servicios de salud del POS, tanto del régimen contributivo como del subsidiado.

Precisa que en este contexto normativo, no le asiste razón al demandante en el sentido de afirmar que la Circular 049 de 2008, vulnere la cláusula general de competencia, por cuanto fue expedida por el ente de control en ejercicio de sus facultades legales y en particular en las leyes 715 de 2001, 1122 de 1007 y el Decreto 1018 de 1007, pues está entre sus atribuciones la de impartir las instrucciones necesarias a las Empresas Prestadoras de la Salud, para tal efecto, lo que hizo fue advertirles que los recursos recibidos por concepto de la Unidad de Pago por Capacitación- UPC, solo se pueden usar para actividades dirigidas a la prestación del Plan Obligatorio de Salud de sus afiliados y a su administración y, que en caso de que le den destinación diferente a los mismos, eso se constituye en una práctica insegura e ilegal.

En conclusión, considera el Ministerio Público que debe considerarse práctica insegura e ilegal, para las EPS, la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura y, en consecuencia, la norma es acorde con el ordenamiento

jurídico, siempre que se interprete que la disposición de la Circular Externa No. 049 del 2 de abril de 2008, se refiere a inversiones que no tienen relación directa o indirecta con la prestación de servicios a sus afiliados, y en este contexto la Agencia del Ministerio Público solicita que se desestimen los cargos de la demanda.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.- La norma demandada

El acto acusado es la Circular Externa No. 049 de 2 de abril de 2008 en su numeral 1.9.8. expedida por la Superintendencia Nacional de Salud cuyo texto completo se transcribe, resaltando en negrilla el aparte cuya nulidad se solicita:

***“CIRCULAR EXTERNA 49 DE 2008
(abril 2)
Diario Oficial No. 46.951 de 5 de abril de 2008
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD***

1.9. 8. Práctica ilegal

Por la naturaleza de los recursos que constituyen la operación del Régimen Contributivo, aclarada en su oportunidad por la Corte Constitucional, las Entidades Promotoras de Salud no pueden hacer uso de los recursos de la Seguridad Social en Salud, recibidos por concepto de Unidad de Pago por Capitación (UPC), para actividades diferentes a la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados.

En tal sentido se reitera lo sostenido por la Corte Constitucional en cuanto a que las UPC no son recursos que pueden catalogarse como rentas propias de las EPS no pueden utilizarlas ni disponer de estos recursos libremente.

Así las cosas, las EPS deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS y su administración.

Igualmente, se debe recordar que la UPC constituye la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación medida

el servicio de salud tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado.

En consecuencia, la Superintendencia considera que la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura se cataloga como práctica insegura e ilegal, por lo cual no puede llevarse a cabo.

2. Naturaleza de la norma demandada

Ante todo es necesario precisar la naturaleza jurídica del acto demandado, en tanto en relación con las circulares el Consejo de Estado, ha diferenciado entre las que constituyen actos administrativos y aquellas que tienen carácter meramente informativo o instructivo, pues mientras en las primeras hay decisiones capaces de producir efectos jurídicos, en el sentido de crear, derogar o modificar una situación jurídica, en las segundas ello no ocurre.

Al respecto la Sala ha hecho las siguientes consideraciones:

“Sobre el particular, han sido copiosas las precisiones jurisprudenciales y doctrinarias sobre el alcance jurídico de las circulares externas y las instrucciones de servicio. A manera de ilustración, basta citar algunas así:

“El alcance jurídico de los Actos Administrativos de servicio, es el de instruir, orientar o coordinar a la administración, pero, jamás tienen la virtualidad de obligar, ejemplo los conceptos de los asesores jurídicos; los certificados de tiempo de servicio.²

(...)

“Puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, en una circular o carta de instrucción, se expidan decisiones, que son verdaderos Actos Administrativos, en tal caso se deben reconocer, y pueden ser demandables por vicios en su formación, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, lo cual ocurre con demasiada frecuencia”³

De la misma manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las

² PENAGOS, Gustavo. *El Acto Administrativo*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1.987. pág. 85

³ PENAGOS, Gustavo. Op. Cit. Pag. 84

*disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. “Pero si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, **se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes**, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales.”⁴ (Destacado fuera del texto)*

Y en reciente providencia emanada de esta Sala se manifestó sobre el particular: “Esa posibilidad de demandar las circulares de servicio está condicionada a que las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, para efectos de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto pasible de demanda”⁵ (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 10 de febrero de 2000. C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero)⁶.

En providencia de 19 de marzo de 2009⁷, la Sala puntualizó en torno a la naturaleza jurídica de las circulares:

“Las instrucciones o circulares administrativas, son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, dependiendo básicamente de su contenido. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas,

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Auto de abril 23 de 1.975. Citado por el Dr. Gustavo Penagos. Op. Cit. Pág. 89

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Exp. 5064. M.Ponente. Dr. Manuel Urueta Ayola. Sent. de 14 de octubre de 1.999

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil tres (2003). Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación número: 11001-03-24-000-2002-00092-01(7807). Actor Ignacio Castilla Castilla.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009). Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00285-00. Actor Elizabeth Regina Cortés Orjuela. Esta tesis fue reiterada en sentencia de la misma Sección del catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010). Consejera ponente: María Elizabeth García González. Radicación número: 2006 - 00132 - 00. Actora: Ángela Patricia Guerrero Acevedo y otra.

o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda.

En ese sentido, mediante providencia del 3 de febrero de 2000, esta Sala manifestó: “El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados”. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación 5236 del 3 de febrero de 2000. C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta)”.

Como quedó visto, la Circular Externa 049 de 2 de abril de 2008, fue expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, y sus destinatarios eran las entidades vigiladas por ella.

El objeto de dicha normativa es aclarar que las EPS deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS y su administración, por lo cual la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura se cataloga como práctica insegura e ilegal, que no puede llevarse a cabo.

Así las cosas para la Sala es evidente que se encuentra frente a un acto administrativo pasible de control jurisdiccional en tanto impone a los vigilados una

prohibición en el manejo de los recursos de la UPC con efectos vinculantes frente a los administrados.

Precisado lo anterior, la Sala abordará el estudio de los cargos aducidos por la demandante, comenzando por las disposiciones legales y reglamentarias para continuar luego con las disposiciones constitucionales que considera vulneradas con la norma atacada.

3. Normas violadas de orden legal

3.1. Los artículos 156, 177, 179, 181, 183 y 215 de la Ley 100 de 1993:

Las normas que se estiman violadas de la Ley 100 de 1993 son del siguiente tenor:

ARTICULO 156. Características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

a) El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud;

b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales;

c) Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud;

d) El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud;

e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las

instituciones prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el Gobierno;

f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación, UPC, que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud;

g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.

h) Los afiliados podrán conformar alianzas o asociaciones de usuarios que los representarán ante las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud;

i) Las instituciones prestadoras de salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las instituciones prestadoras de servicios de tipo comunitario y solidario

j) Con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad;

k) Las entidades promotoras de salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias instituciones prestadoras de salud, o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos;.

l) Existirá un Fondo de Solidaridad y Garantía que tendrá por objeto, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley, garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en esta Ley;

m) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a que hacen referencia los artículos 171 y 172 de esta Ley, es el organismo de concertación entre los diferentes integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sus decisiones serán obligatorias, podrán ser revisadas periódicamente por el mismo Consejo y deberán ser adoptadas por el Gobierno Nacional.

n) Las entidades territoriales, con cargo a los fondos seccionales y locales de salud cumplirán, de conformidad con la [Ley 60 de 1993](#) y las

disposiciones de la presente Ley, la financiación al subsidio a la demanda allí dispuesta y en los términos previstos en la presente Ley;

o) Las entidades territoriales celebrarán convenios con las entidades promotoras de salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado de que trata la presente Ley. Se financiarán con cargo a los recursos destinados al sector salud en cada entidad territorial, bien se trate de recursos cedidos, participaciones o propios, o de los recursos previstos para el Fondo de Solidaridad y Garantía. Corresponde a los particulares aportar en proporción a su capacidad socioeconómica en los términos y bajo las condiciones previstas en la presente Ley;

p) La Nación y las entidades territoriales, a través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención que tengan contrato de prestación de servicios con él para este efecto, garantizarán el acceso al servicio que ellas prestan a quienes no estén amparados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hasta cuando éste logre la cobertura universal.

(...)

ARTICULO 177. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud 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. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente Ley.

(...)

ARTICULO 179. Campo de acción de las entidades promotoras de salud. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

PARAGRAFO. Las entidades promotoras de salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones o por asentamientos geográficos de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

(...)

ARTICULO 181. Tipos de Entidades Promotoras de Salud. La Superintendencia Nacional de Salud podrá autorizar como Entidades

Promotoras de Salud, siempre que para ello cumplan con los requisitos previstos en el artículo 180, a las siguientes entidades:

- a. El Instituto de Seguros Sociales;*
- b. Las cajas, fondos, entidades o empresas de previsión y seguridad social del sector público, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 236 de la presente Ley;*
- c. Las entidades que por efecto de la asociación o convenio entre las cajas de compensación familiar o la existencia previa de un programa especial patrocinado individualmente por ellas se constituyan para tal fin;*
- d. Las entidades que ofrezcan programas de medicina prepagada o de seguros de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica;*
- e. Las Entidades Promotoras de Salud que puedan crear los departamentos, distritos y municipios y sus asociaciones. Para ello podrán también asociarse con entidades hospitalarias públicas y privadas;*
- f. Los organismos que hayan sido organizados por empresas públicas o privadas para prestar servicios de salud a sus trabajadores con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, siempre que se constituyan como personas, jurídicas independientes;*
- g. Las organizaciones no gubernamentales y del sector social solidario que se organicen para tal fin, especialmente las empresas solidarias de salud y las de las comunidades indígenas;*
- h. Las entidades privadas, solidarias o públicas que se creen con el propósito específico de funcionar como Entidad Promotora de Salud.*

PARAGRAFO 1. Cuando una Institución Prestadora de Servicios de Salud sea de propiedad de una Entidad Promotora de Salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento. .

PARAGRAFO 2. Corresponde al Ministerio de Salud y a las Direcciones Seccionales y Locales de Salud la promoción de Entidades Promotoras de Salud donde los usuarios tengan mayor participación y control, tales como las empresas solidarias de salud, las cooperativas y las microempresas médicas.

PARAGRAFO 3. Las empresas que presten los servicios de salud en la forma prevista por el literal f) podrán reemplazarlo, contratando dichos servicios con las Entidades Promotoras de Salud adscritas al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...)

ARTICULO 183. Prohibiciones para las Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la

afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARAGRAFO 1. El Gobierno Nacional podrá reglamentar parámetros de eficiencia y fijar el régimen de inversión y organización de las Empresas Promotoras de Salud que no sean prestadoras de servicios. Cuando presten simultáneamente servicios, podrá establecer límites por concepto de gastos administrativos y operativos de la actividad de promoción.

PARAGRAFO 2. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...)

*ARTICULO 215. Administración del Régimen Subsidiado. Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades **Promotoras** de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.*

*Las Entidades **Promotoras** de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio.*

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios.

Al analizar los artículos transcritos, contrario a lo que afirma el actor, la Sala no encuentra que la norma acusada impida que las entidades prestadoras de servicios de salud EPS puedan operar ni que se les restrinja el derecho a realizar inversiones en infraestructura tendientes a la prestación de servicios de manera directa cuando tales entidades opten por ejercer esta facultad.

De la lectura de las normas de la ley 100 de 1993 que se consideran infringidas, se observa que el legislador permitió a las EPS organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (Art. 177) y estableció la posibilidad de que dichas entidades, para garantizar el Plan de

Salud Obligatorio a sus afiliados, puedan prestar directamente los servicios de salud o contratarlos con instituciones prestadoras y con profesionales (Art. 179).

No obstante, lo anterior no implica que esas facultades autoricen a las EPS para invertir de manera absolutamente discrecional los recursos provenientes de la UPC en infraestructura, pues tales recursos están destinados exclusivamente a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio de salud.

Respecto a la naturaleza y uso que debe darse a la UPC, la Corte Constitucional ha reiterado que:

Respecto a la UPC, este tribunal precisó que representa el pago de los servicios administrativos en los que incurre la EPS, así como el costo de la prestación de los contenidos del POS, razón por la cual no puede catalogarse como una renta propia de las EPS. También aclaró que la UPC no puede interpretarse en estricto sentido como una prima de seguro, ya que la relación entre la EPS y sus afiliados no es la de un contrato de seguros clásico “(...) porque en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general”.⁸

Al referirse al artículo 48 de la Constitución Política la Corte dijo:

Como la norma superior que se comenta no establece excepciones, la prohibición de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella comprende tanto los recursos destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio, lo cual es razonable pues unos y otros integran un todo indivisible, tal como se despende del principio superior de eficiencia ya comentado.⁹

⁸ Corte Constitucional sentencia C-828 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹ Corte Constitucional sentencia C-1040 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

En la sentencia C-349 de 2004¹⁰, la Corte sostuvo:

Ahora bien, el carácter parafiscal se predica tan solo los recursos provenientes de las cotizaciones, más no de los bienes y rentas propios de la entidades que prestan el servicio. Por ello la Corte ha distinguido entre los recursos parafiscales que administran las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud y su propio patrimonio y rentas:

*Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran **sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS**, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado.” (Sentencia [SU-480 de 1997](#), M.P. Alejandro Martínez Caballero).¹¹*

Se tiene entonces que el patrimonio propio de la EPS no tiene el carácter de recurso parafiscal.

De lo expuesto, en modo alguno resulta atinado suponer que la normativa atacada quebranta lo dispuesto en los artículos 156, 177, 179, 181, 183 y 215 de la Ley 100 de 1993, pues lo que la Circular demandada considera como práctica insegura e ilegal es la inversión de recursos parafiscales provenientes de la UPC en infraestructura y no la inversión en infraestructura con recursos propios de la EPS.

Tampoco encuentra la Sala de recibo el argumento relacionado con la presunta contradicción entre la normativa atacada y la instrucción impartida por la Superintendencia Nacional de Salud en la Circular 039 de 2000, pues, contrario a lo que afirma el actor, la norma contenida en ésta Circular ha de entenderse en el contexto en que fue planteada, esto es, orientada a poner en funcionamiento, elementos o servicios que se consideran necesarios y aplicar métodos, medidas,

¹⁰ Corte Constitucional sentencia C-549 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ Corte Constitucional sentencia [C-655 de 2003](#), M.P. Rodrigo Escobar Gil

etc. requeridos para realizar de manera inmediata y oportuna, “un control estricto sobre la situación de mora en el pago de los aportes y cotizaciones por parte de los empleadores al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y ejercer las respectivas acciones de cobro pre jurídico y coactivo”, lo que no implica, como lo da a entender el demandante, la posibilidad de hacer inversiones en IPS propias con recursos de la UPC ni aún dentro del límite del 30% del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, pues éste se refiere a la regulación de la integración vertical y no al empleo de los recursos provenientes de la UPC en infraestructura, como se verá a continuación.

3.2. El artículo 15 de la Ley 1122 de 2007

El artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 prescribe:

Artículo 15. Regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante. Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

Si bien es cierto, como lo señala el actor, que la sentencia C-1041 de 2007 de la Corte Constitucional declaró exequible la posibilidad de que las EPS contraten, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS hasta el 30% del valor del gasto en salud, no por ello debe entenderse que las EPS quedaron autorizadas para invertir los recursos provenientes de la UPC en la infraestructura que se requeriría para la prestación del servicio de salud de forma propia.

Lo que en realidad prescribe la norma es una limitación a la **contratación** que las EPS directamente o a través de terceros, pueden hacer con sus propias IPS, la

cual no podrá superar el 30% del valor del gasto en salud, y ello es muy diferente a considerar que ese 30% se puede invertir en infraestructura propia para la prestación del servicio.

En efecto, la sentencia C-1041 de 2007 señaló al respecto que:

“Así las cosas, mediante la adopción del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 se pretende evitar situaciones de abuso de la posición dominante de las EPS en el mercado, mediante la introducción de una limitante al funcionamiento de un modelo empresarial de integración vertical.

(...)

“(...) la “integración vertical”, efectivamente conduce a reducir los costos de producción, por cuanto dos eslabones que corresponden a procesos distintos se encuentran integrados dentro de una misma empresa^{12[67]}. Así pues, la integración vertical se fundamenta en el aumento de la “utilidad” de la empresa por reducción de los costos de transacción (economías de escala, reducción de riesgos de transacción y contractuales, control de la actividad integrada), sin embargo, los beneficios obtenidos con la reducción de costos de transacción, no necesariamente se trasladan al usuario del servicio.

Así las cosas, en el ámbito de la salud, el ahorro de costos que se produce con la integración vertical entre aseguradores y prestadores no necesariamente se traduce en mayor calidad del servicio y en mayor bienestar social de los usuarios, estos últimos si factores determinantes para establecer, en términos constitucionales y no económicos la “eficiencia en la prestación del servicio de salud”.

Para la Sala es claro, desde esta óptica, que la normativa acusada no quebranta lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

4.- Normas violadas de orden reglamentario

^{12[67]} En tal sentido, WILLIAMSON siguiendo los postulados clásicos de COASE, planteó que una empresa era, en realidad un cúmulo de contratos, siendo por tanto uno los objetivos a alcanzar, aquel de reducir los costos vinculados con la contratación, siendo más eficiente llevarlos a cabo al interior de la misma empresa. Ver O. Williamson, “The economic analysis of institutions and organizations. In general and with respect to country studies”, *Working paper*, núm. 133, 1993.

4.1. Artículo 2° del Decreto 882 de 1998

El artículo 2 del Decreto 882 de 1998 establece:

Artículo 2°. De las cuentas por pagar superiores a 30 días calendario. Las Entidades Promotoras de Salud y/o Administradoras del Régimen Subsidiado con cuentas por pagar superiores a 30 días calendario, contados a partir de la fecha prevista para su pago, no podrán:

1°. Realizar nuevas afiliaciones, salvo los beneficiarios de aquellos afiliados que se encontraban cotizando tratándose de régimen contributivo y los recién nacidos en el régimen subsidiado.

2°. Realizar mercadeo de sus servicios con el objeto de obtener nuevas afiliaciones o traslado de afiliados.

3°. Afectar el flujo de ingresos provenientes de la Unidad de Pago por Capitalización para cancelar obligaciones provenientes de la amortización de inversiones en infraestructura asistencial o administrativa.

4°. Realizar cualquier operación de compra o arrendamiento financiero con opción de compra sobre bienes inmuebles y realizar inversiones de cualquier naturaleza como socio o asociado.

Estas entidades adoptarán, dentro de su organización, los procedimientos y mecanismos que garanticen la observancia de lo dispuesto en el presente artículo e informarán de tal hecho a la Superintendencia Nacional de Salud.

Sin perjuicio de las acciones de vigilancia y control que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud, ésta podrá informar a los usuarios a través de medios de comunicación de amplia circulación nacional, las entidades cuyas afiliaciones se encuentren suspendidas.

Parágrafo. Esta disposición no será aplicable respecto a las entidades Administradoras del Régimen Subsidiado en tanto estas no reciban los recursos correspondientes por parte de los entes territoriales.

La norma señalada, para preservar la liquidez del sistema, prescribe las actividades que no podrán realizar las Entidades Promotoras de Salud y/o Administradoras del Régimen Subsidiado que tengan cuentas por pagar superiores a 30 días calendario, contados a partir de la fecha prevista para su pago.

Entre las actividades prohibidas en esos casos se encuentra, en el numeral tercero, la afectación del flujo de ingresos provenientes de la Unidad de Pago por Capitalización UPC para cancelar obligaciones provenientes de la amortización de

inversiones en infraestructura asistencial o administrativa, pero también prohíbe en el numeral cuarto realizar cualquier operación de compra o arrendamiento financiero con opción de compra sobre bienes inmuebles y realizar inversiones de cualquier naturaleza como socio o asociado.

La norma citada solamente prueba la existencia de una prohibición y de ella no puede derivarse, como lo afirma el actor que lleve implícita una autorización para comprometer en cualquier clase infraestructura recursos de la UPC.

En consecuencia, no vislumbra la Sala que, como lo señala el actor, con la normativa demandada hubiese vulnerado el artículo 2 del Decreto 882 de 1998

4.2. Artículo 13 del Decreto 1804 de 1999

El artículo 13 del Decreto 1804 de 1999 *“por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”* establece:

Artículo 13. Operaciones no autorizadas. Las ARS no podrán:

- 1. Adquirir bienes inmuebles o realizar cualquier tipo de inversión de compra o arrendamiento financiero con cargo a los recursos correspondientes a las unidades de pago por capitación, salvo aquel porcentaje que resulte al deducir del 100% del ingreso los valores porcentuales necesarios para cancelar en forma oportuna las obligaciones con los proveedores de bienes y prestadores de servicios de salud conforme las disposiciones legales y contractuales vigentes y los recursos necesarios para el pago de sus empleados y servidores.*
- 2. Utilizar los recursos correspondientes a las UPC-S para respaldar créditos de los asociados, otorgar préstamos a sus asociados o terceros, salvo que se trate de recursos producto de utilidades, hecho este que deberá quedar reflejado en los estados financieros.*
- 3. Otorgar préstamos, con los recursos del régimen, a sus asociados, administradores o empleados, salvo que se trate de utilidades liquidadas y*

efectivamente ingresadas en el flujo de caja, conforme reglamento general aprobado por la Junta Directiva u órgano máximo de administración.

Observa la Sala que la norma transcrita establece las operaciones no autorizadas a las ARS, en el marco de una reglamentación referida al **régimen subsidiado** del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la cual no se encuentra que la normativa cuya legalidad se reprocha haya desconocido el artículo 13 del Decreto 1804 de 1999.

4.3. Artículo 11 del Decreto 1485 de 1994

El artículo 11 del Decreto 1485 de 1994 es del siguiente tenor:

Artículo undécimo. Operaciones financieras no autorizadas. Las Entidades Promotoras de Salud deberán abstenerse de:

1. Disponer a cualquier título de los recursos de las cotizaciones, sin perjuicio del régimen de administración a través de terceros previsto en el presente Decreto. Las operaciones financieras se deberán realizar sobre los saldos que resulten a favor de la entidad, una vez verificada la compensación con el Fondo de Solidaridad y Garantía.

2. Gravar, bajo cualquier modalidad, los títulos representativos de las inversiones a través de los cuales se constituya el margen de solvencia previsto en el presente Decreto, a menos que el margen de solvencia tenga un valor superior a los cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales, evento en el cual el gravamen podrá ascender hasta un equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del margen de solvencia.

Las opciones de inversión y gravamen del margen de solvencia no podrán ejercerse en forma simultánea. Dicho gravamen sólo será procedente para garantizar operaciones de inversión en infraestructura.

3. Durante los dos (2) primeros años a partir de la expedición del certificado de autorización, las Entidades Promotoras de Salud no podrán destinar más del tres por ciento (3%) de lo recibido por concepto de la Unidad de Pago por Capitación UPC promedio ponderado a gastos de publicidad. Todo gasto adicional deberá pagarse con sus recursos propios.

(...)

El actor considera violado el numeral primero del artículo 11 del Decreto 1485 de 1994, pues, a su juicio, la prohibición de inversión de recursos de la UPC en infraestructura, vulnera la autorización que el citado numeral otorga a las EPS para realizar inversiones una vez efectuado el proceso de compensación.

Al respecto, la Sala no encuentra que haya desconocimiento de la norma reglamentaria citada, considerando que el proceso de compensación implica descontar de las cotizaciones, entre otros, los dineros de la UPC, por lo cual tales sumas no pueden emplearse en operaciones financieras.

Tampoco resulta admisible la afirmación del actor conforme a la cual la facultad que se da a las EPS durante los dos primeros años para destinar hasta el tres por ciento (3%) de lo recibido por ciento de UPC promedio ponderado a gastos de publicidad, implica autorización para invertir en infraestructura, pues ello no se deriva de lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 11 del Decreto 1485 de 1994.

Por lo anterior el cargo no prospera.

4.4. Artículo 13 del Decreto 1485 de 1994

El artículo 13 del Decreto 1485 de 1994 prescribe:

Artículo decimotercero. Regulación de inversiones. Las Entidades Promotoras de Salud están facultadas para invertir en aquellas actividades directamente relacionadas con su objeto social, conforme su régimen legal lo permita.

La totalidad de las inversiones en sociedades subordinadas y demás inversiones de capital autorizadas, diferentes a aquellas que deban realizar las entidades promotoras de salud en cumplimiento de disposiciones legales, como las originadas en el margen de solvencia, no podrá exceder en todo caso del ciento por ciento (100%) de la suma del patrimonio de la respectiva entidad.

Tales inversiones deberán desmontarse para el evento en que la sociedad

subordinada decida adquirir acciones de la matriz o de otras sociedades subordinadas de ésta.

De la lectura de la norma transcrita no encuentra la Sala que pueda concluirse que los dineros provenientes de la UPC puedan invertirse en infraestructura como lo aduce el actor, pues el hecho que las EPS estén facultadas para invertir en aquellas actividades directamente relacionadas con su objeto social, no es suficiente para derivar de allí que los dineros de la UPC puedan invertirse en infraestructura, por lo cual no se ve cómo la norma atacada esté quebrantando una disposición de superior jerarquía.

5.- Normas violadas de orden constitucional

5.1. Artículos 6 y 121 de la Constitución Política

Argumenta el actor que se infringen los artículos 6° y 121 de la Constitución Política, pues, a su juicio, el Superintendente Nacional de Salud al expedir la norma atacada, excedió sus funciones en razón de que ni el Decreto 1259 de 1994 ni el artículo 68 de la Ley 715 de 2001 ni norma alguna lo faculta para consagrar los supuestos de hecho que constituyen las denominadas prácticas inseguras e ilegales.

Al respecto no encuentra la Sala fundamentado el presente cargo, pues las normas que regulan las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, como estaban vigentes al momento de ser expedida la normativa atacada, facultan a dicha entidad para ejercer la inspección vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo (artículo 68 de la Ley 715 de 2001) y el artículo 6 del Decreto 1018 de 2007 “por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras

disposiciones" (que derogó el Decreto 1259 de 1994 mencionado por el actor) establece:

Artículo 6°. Funciones. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá las siguientes funciones:

(...)

23. Emitir instrucciones a los vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como aplicar las sanciones respectivas relacionadas con aquellos asuntos que son objeto de su competencia, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias.

(...)

24. Realizar seguimiento a la ejecución de las recomendaciones formuladas en el ejercicio de inspección, vigilancia y control.

En consecuencia, la Sala encuentra que la Superintendencia Nacional de Salud estaba facultada para expedir la normativa atacada en cumplimiento de sus funciones, en especial la de instruir a los vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

Por lo anterior el argumento sobre la violación a los artículos 6 y 121 de la carta Política resulta indefendible.

5.2. Artículo 29 de la Constitución Política

El actor considera que se vulneró el artículo 29 superior, pues al haber desconocido las normas en que debía fundarse, la Superintendencia Nacional de Salud se arrogó facultades sancionatorias fundadas sobre una tipicidad irregular de supuestas prácticas inseguras e ilegales que han sido definidas a su criterio y excediendo sus facultades.

En cuanto al desconocimiento del artículo 29 de la Carta, no encuentra la Sala razón alguna para aceptarlo, por cuanto la instrucción impartida en la norma demandada no vulnera las normas legales y reglamentarias de superior jerarquía en que debe fundarse, y, como se dijo antes, fue proferida por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus competencias.

5.3. Artículos 333, 334 y 150-21 de la Constitución Política.

Dado que la norma atacada cataloga como práctica insegura e ilegal la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura, la Sala hará un breve recuento de la jurisprudencia constitucional donde se ha reiterado la naturaleza de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En sentencia C-1040-03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández la Corte Constitucional manifestó:

7. Teniendo en cuenta que conforme al artículo 48 Superior, todos los recursos de la seguridad social deben estar afectos a los objetivos de este servicio público, por tratarse de recursos parafiscales, en la configuración legal de la Unidad de Pago por Capitación se encuentran incorporados en un todo indivisible los costos que demanda la organización y los que garantizan la prestación del servicio público de la salud. Así lo ha reconocido la Corte:

“La Unidad de Pago por Capitación no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las EPS sino representa en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería. Esto significa la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización. La relación entre las entidades que pertenecen al sistema y los recursos que fluyen dentro del ciclo de prestación del servicio de salud, forman un conjunto inescindible...”¹³

8. Existe, entonces, un vínculo indisoluble entre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y la Unidad de Pago por Capitación, pues al fin y al cabo dicha unidad es el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud

¹³ Sentencia C-828 de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño

(POS) por parte de las Empresas Promotoras de Salud y las ARS. En otras palabras, la UPC tiene carácter parafiscal, puesto que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del POS. De ahí que la Corte haya considerado que la UPC no constituye una renta propia de las EPS:

“...las UPC no son recursos que pueden catalogarse como rentas propias de las EPS, porque en primer lugar, las EPS no pueden utilizarlas ni disponer de estos recursos libremente. Las EPS deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS. En segundo lugar, la UPC constituye la unidad de medida y calculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación media el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado”.¹⁴

9. Ahora bien, como la UPC tiene carácter parafiscal, la consecuencia lógica es que todos los recursos que la integran, tanto administrativos como los destinados a la prestación del servicio, no puedan ser objeto de ningún gravamen, pues de serlo se estaría contrariando la prohibición contenida en el artículo 48 Superior de destinar y utilizar los recursos de la seguridad social para fines distintos a ella, ya que los impuestos entran a las arcas públicas para financiar necesidades de carácter general.

No es entonces cierta la afirmación del Ministerio Público quien considera que los gastos administrativos una vez ingresan a la EPS pierden su carácter parafiscal, pudiendo en consecuencia ser objeto del impuesto de industria y comercio, ya que por mandato superior todos los recursos que componen la UPC están comprometidos en la prestación eficiente del servicio de seguridad social a cargo de las EPS y conservan intacto su carácter parafiscal en función de ese objetivo fundamental.

Pero como en desarrollo de su actividad las EPS tienen derecho a obtener un margen de ganancia, surge la inquietud de establecer sobre qué clase de recursos podría el legislador ejercer su potestad impositiva. Frente a este interrogante, la jurisprudencia ha señalado que sólo pueden ser objeto de gravamen los recursos que las EPS y las IPS captan por concepto de primas de sobreaseguramiento o planes complementarios por fuera de lo previsto en el POS y todos los demás que excedan los recursos exclusivos para la prestación del POS:

¹⁴ Sentencia C-828 de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño

“18. Otra cosa diferente son los recursos que tanto las EPS como las IPS captan por los pagos de sobreaseguramiento o planes complementarios que los afiliados al régimen contributivo asumen a mutuo propio, por medio de un contrato individual con las entidades de salud para obtener servicios complementarios, por fuera de los previstos en el POS. Estos recursos y todos los demás que excedan los recursos exclusivos para prestación del POS son rentas que pueden ser gravadas con impuestos que den, a los recursos captados, una destinación diferente a la Seguridad Social. Las ganancias que las EPS y las IPS obtengan por la prestación de servicios diferentes a los previstos legal y jurisprudencialmente ¹⁵ como Plan Obligatorio de Salud no constituyen rentas parafiscales y por ende pueden ser gravados”.¹⁶

Posteriormente, en sentencia C-978 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva la Corte Constitucional precisó:

Dado su carácter parafiscal, los recursos de la seguridad social en salud tienen destinación específica, esto es, no pueden ser empleados para fines diferentes a la seguridad social. Así lo establece expresamente el artículo 48 de la Carta Política al disponer que “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”. Sobre el alcance de esta cláusula constitucional la jurisprudencia constitucional ha dicho:

“Se trata de una norma fundamental de indudable carácter imperativo y absoluto respecto del cual no se contemplan excepciones, ni se permite supeditar su cumplimiento —de aplicación inmediata— a previsiones o restricciones de jerarquía legal.

“Por tanto, la calidad superior y prevalente del mandato constitucional desplaza toda norma inferior que pueda desvirtuar sus alcances, y, si alguien llegase a invocar con tal objeto las disposiciones de la ley en materia de liquidación forzosa de las instituciones financieras, deben ser ellas inaplicadas, para, en su lugar, hacer que valga el enunciado precepto de la Constitución, según lo dispone el 4 Ibídem, en virtud de la inculcable incompatibilidad existente.”¹⁷

Como la norma superior que se comenta no establece excepciones, la prohibición de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella comprende tanto los recursos destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio, lo cual es razonable

¹⁵ Para la definición jurisprudencial de aspectos que debe contemplar el POS se puede consultar entre otras la sentencia T-108 de 1999.

¹⁶ Sentencia C-828 de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-481 de 2000, reiterada en C-714 de 2008..

pues unos y otros integran un todo indivisible, tal como se desprende del principio superior de eficiencia ya comentado.

(...)

7.4. Para la prestación eficiente del servicio público de salud, es determinante que el Sistema de Seguridad Social en Salud cuente con un equilibrio financiero. Al respecto ha dicho la Corte:

*“Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, **la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiado y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigencia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud**”¹⁸. (Énfasis fuera del original).*

(...)

8. La Unidad de Pago por Capitación (UPC): eje del equilibrio financiero del Sistema

8.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado la relevancia de la denominada Unidad de Pago por Capitación –UPC-, en tanto eje del equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La UPC es un valor per capita que paga el Estado a la EPS “por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos” en el POS para cada afiliado. Esta unidad se establece en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por la Comisión de Regulación en Salud –CRES-, ente que recogió algunas de las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud –CNSSS-, teniendo en cuenta para ello los estudios técnicos hechos por el Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Protección Social).¹⁹

De esta manera, para cubrir los costos de los servicios que ofrece el Sistema de Seguridad Social en Salud a sus usuarios, el legislador diseñó la Unidad de Pago por Capitación –UPC- para el régimen contributivo y la UPC-S para el subsidiado, como valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud que ofrece el sistema:

¹⁸ Sentencia SU 480 de 1997.

¹⁹ Artículo 182 de la Ley 100 de 1993.

el Plan Obligatorio de Salud (POS) para el contributivo y el Plan Obligatorio de Salud (POS-S) para el subsidiado. Así, se entiende que la UPC corresponde, en uno y otro régimen, al valor del aseguramiento per cápita que da derecho al usuario a recibir del sistema la atención en salud que requiera, dentro de los parámetros del POS, independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema. Para el efecto, mensualmente cada EPS recibe, por cada afiliado el valor de una UPC o UPC-S, que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del régimen contributivo, y parcialmente subsidiada por el Sistema de Salud, en el del Régimen Subsidiado de Salud.²⁰

Tal como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corte, la Unidad de Pago por Capitación no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las EPS, sino que plasma, en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, lo cual significa “la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización”²¹.

Dicha unidad es el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud (POS) por parte de las Empresas Promotoras de Salud. De este modo, la UPC tiene carácter parafiscal, puesto que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del POS. De ahí que la Corte haya considerado que la UPC constituye la unidad de medida y el cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir, en condiciones de prestación media, el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado:

“... [L]as UPC no son recursos que pueden catalogarse como rentas propias de las EPS, porque en primer lugar, las EPS no pueden utilizarlas ni disponer de estos recursos libremente. Las EPS deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS. En segundo lugar, la UPC constituye la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1489 de 2000.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-828 de 2001.

cubrir en condiciones de prestación media el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado".²²

En este sentido, es claro que el papel de la Unidad de Pago por Capitación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es dar cobertura a: (i) El monto calculado del costo de los servicios de salud a que tiene derecho la población protegida de acuerdo con sus necesidades, y (ii) La remuneración a que tienen derecho las EPS por la administración de los riesgos cubiertos.

(...)

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha calificado la UPC como un recurso público parafiscal, toda vez que se trata de una prima que se deriva de la cotización obligatoria en salud. En esta medida, tales recursos deben aplicarse en primer lugar, al costo en salud, y en segundo lugar, al gasto administrativo asociado a dicho costo en salud. Finalmente, la utilidad o excedente operacional resultante podrá apropiarse por las entidades administradoras de los riesgos en salud.

El atributo de la parafiscalidad como instituto para financiar ciertas actividades implica que estos recursos no puedan ser utilizados con fines distintos a los cuales están destinados, ni ser objeto del giro ordinario de los negocios de las entidades de aseguramiento, ni formar parte de los bienes de tales entidades, ni desviarse a objetivos diferentes, ni siquiera con motivo de su liquidación o intervención. Pero además dicha caracterización conduce a que ningún aportante, operador, modalidad de prestación o sujeto sea titular de un derecho o de una cuota parte de esos recursos, comoquiera que la prima de aseguramiento (UPC) se fija de acuerdo con los estudios de suficiencia correspondientes y en ese orden de ideas no puede considerarse aquella como un presupuesto para cada una de las actividades, intervenciones procedimientos y medicamentos del POS.

Adicionalmente, en la sentencia C-607 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte Constitucional reiteró:

3.5.1 *De manera imperativa el cuarto inciso del artículo 48 de la Constitución Política establece que "No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella".*

3.5.2. *En desarrollo de este mandato constitucional, la jurisprudencia ha reconocido de manera uniforme y pacífica que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, "tanto en salud como en pensiones, con*

²² Corte Constitucional, sentencia C-828 de 2001.

independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal^[26].

Al referirse al alcance del artículo [48](#) de la Constitución, la Corte ha señalado:

“Al respecto la Corte ha hecho énfasis en i) la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social tanto en materia de salud como en pensiones ii) en el tratamiento particular que debe dársele a dichos recursos en los procesos de liquidación de las entidades financieras y iii) en la imposibilidad de asimilar el caso de los depósitos de recursos parafiscales de la seguridad social en las entidades financieras con las indemnizaciones debidas por concepto de contratos de reaseguro de las enfermedades de alto costo.

3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, [C-542/98](#), [T-569/99](#), [C-1707/00](#)) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C-086/02, [C-789/02](#))^[27]. (Resaltado fuera de texto).

3.5.3 Se concluye entonces que los recursos destinados a la seguridad social, ya sea que provengan de aportes directos de los empleadores, de los trabajadores, del Estado o de cualquier otro actor del sistema, tienen necesariamente destinación específica. Sobre la manera en que ingresan y se administran dichas sumas, se pronunció esta Corporación en Sentencia [SU-480 de 1997](#)^[28]. Dijo la Corte:

7.1. Recursos del sistema

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto.

Los afiliados al régimen contributivo deben cotizar mediante aportes que hará el patrono 8% y el trabajador 4% o sea, que el sistema recibe el 12% del salario del trabajador (Art. 204 Ley 100).

La seguridad social prestada por las E.P.S. tiene su soporte en la TOTALIDAD de los ingresos de su régimen contributivo.

Por consiguiente, forman parte de él:

a) Las cotizaciones obligatorias de los afiliados, con un máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

b) También, ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras, los pagos compartidos, (artículo 27 del [decreto 1938 de 1994](#)) las tarifas, las bonificaciones de los usuarios.

c) Además los aportes del presupuesto nacional.

Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.

Como es sabido, los recursos parafiscales "son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa"¹²⁹, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado.

3.5.4 De igual manera, el artículo 9° de la [Ley 100 de 1993](#), al referirse al sistema de seguridad social integral, dispone que "no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella". Así mismo, el artículo 20 de la [Ley 100 de 1993](#), en el cual se regula el monto de las cotizaciones al sistema general de pensiones, establece que el Instituto de los Seguros Sociales deberá constituir un patrimonio autónomo con los recursos provenientes de tales cotizaciones que deberá destinarse, en forma exclusiva, al pago de pensiones de vejez y a la capitalización de las reservas de la entidad. De otro lado, la misma norma obliga al Gobierno nacional a reglamentar el funcionamiento de cuentas separadas en el Instituto de los Seguros Sociales, "de manera que en ningún caso se puedan utilizar recursos de la pensión de vejez, para gastos administrativos u otros fines distintos". Por último, el artículo 154-g) de la [Ley 100 de 1993](#) determina que la intervención del Estado en el servicio público de seguridad social en salud se llevará a cabo, entre otras finalidades, para "evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes".

3.5.5 No sobra recordar, además, que las rentas públicas de destinación específica, denominadas parafiscales, se encuentran sometidas a un régimen presupuestario especial que impone que sólo puedan ser administrados de conformidad con las leyes que las regula.¹³⁰ En relación con este tipo de recursos, el artículo 29 del [Decreto 111 de 1996](#) establece:

"Artículo 29. Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para

beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración" (negrilla fuera del texto original).

3.5.6 *De todo lo anterior puede deducirse que (i) por expresa disposición del Constituyente, los recursos de la seguridad social, sólo pueden utilizarse sus recursos para los fines de aquella, y por tanto, cuenta con una naturaleza parafiscal, (ii) el manejo, administración y ejecución de las rentas parafiscales, así como de los rendimientos y excedentes financieros que ellas produzcan, se llevan a cabo de conformidad con las disposiciones especiales que al respecto contenga la ley que crea el recurso parafiscal de que se trate y (iii) se destinan exclusivamente al objeto previsto en aquélla.*

De conformidad con lo anterior, fue el mismo constituyente quien determinó que los recursos de la seguridad social llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones no pueden ser utilizados con fines diferentes a los que están destinados, de donde se deriva su carácter de recursos parafiscales, por lo cual tampoco pueden ser objeto del giro ordinario de los negocios de las EPS, ni formar parte de los bienes de tales entidades.

Desde esta perspectiva, los recursos provenientes de la UPC no pueden catalogarse como rentas propias de las EPS, en tanto éstas no pueden disponer libremente de estos recursos, que deben utilizar en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS.

Dicho cuanto antecede, corresponde ahora a la Sala estudiar, conforme a los cargos formulados por el actor, si la normativa acusada conlleva una violación de los artículos 333, 334 y 150-21 de la Constitución Política.

Las normas que se consideran vulneradas, como estasban vigentes al momento de la expedición de la Circular parcialmente atacada son del siguiente tenor:

ARTICULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

(...)

ARTICULO 333. *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

ARTÍCULO 334. *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.”

En primer lugar, la Sala no aprecia vulneración alguna al artículo 333 de la Carta, arriba transcrito, pues de él se deriva que la libertad de empresa no es absoluta y puede ser limitada por el legislador cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

En el presente caso, la limitación al uso de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene, como se vio, un fundamento constitucional claro en el artículo 48 de la Carta Política, que la normativa demandada se limita a acatar.

Si bien es cierto, como lo advierte el actor, que en la sentencia C-616 de 2001, la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1993, encontró que no solo no es contrario a la Constitución Política que las EPS puedan prestar servicios a través de sus propias IPS sino que la garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa de servicios, ello no conduce a concluir que las EPS estén autorizadas para invertir en infraestructura recursos provenientes de la UPC.

Lo anterior no es óbice para que las EPS realicen inversiones siempre que lo hagan con recursos diferentes a los del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como podrían ser los correspondientes a las utilidades o a *primas de sobreaseguramiento o planes complementarios por fuera de lo previsto en el POS y todos los demás que excedan los recursos exclusivos para la prestación de los servicios previstos legal y jurisprudencialmente*²³ como *Plan Obligatorio de Salud*.

²³ Para la definición jurisprudencial de aspectos que debe contemplar el POS se puede consultar entre otras la sentencia T-108 de 1999.

Contrario a lo que afirma el demandante, tampoco se vislumbra que la normativa demandada al prohibir la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura restrinja la libertad contractual respecto tanto a la contratación de la prestación del servicio de salud como de la posibilidad de realizar los contratos necesarios para el cumplimiento de sus labores.

Por otra parte, considerando que la destinación específica de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud es de raigambre constitucional, y está igualmente prevista en la Ley 100 de 1993, la prohibición de usar recursos de la UPC en actividades diferentes al POS no puede considerarse como una violación a la libertad de empresa, pues, contrario a lo que afirma el demandante, la norma demandada no está restringiendo la libertad para destinar bienes al desarrollo de la actividad de las EPS, lo que prohíbe es invertir en infraestructura recursos provenientes de la UPC, cuya destinación específica, se reitera, limita su uso a la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud.

Tampoco se vislumbra que la normativa acusada desconozca los principios de solidaridad, proporcionalidad y razonabilidad, pues su finalidad es, según la misma disposición lo aclara, preservar la utilización de los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS y su administración, a partir de los criterios jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional y por esta Corporación que, con fundamento en el artículo 48 de la Carta, han precisado que los rubros de la seguridad social son inviolables²⁴, mandato que ha sido denominado

²⁴ Esta Sección se ha referido a la intangibilidad de los recursos de la seguridad social en Sentencia de 12 de julio de 2001, Exp. No. 2001-0310-01, M.P. Camilo Arciniegas Andrade, así:

"...La Sala advierte que si es aplicable el sentido y razón de ser del precepto mencionado, que es precisamente dar efectividad al artículo 48 de la Constitución Política, asegurando la intangibilidad de los recursos parafiscales cuya destinación específica es la seguridad social, atendido el supuesto incontrovertible según el cual la efectividad de

como “principio de exclusividad”, en atención a que es imperativo que los mismos se destinen únicamente a atender los servicios del POS y, por tanto, no pueden formar parte de los ingresos propios de las entidades administradoras de los mismos, ni éstas pueden emplearlos libremente. Así lo ha reconocido esta Sección en Sentencia de 11 de octubre de 2007, Exp. No. 2003-00435-01, M.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón:

“...En efecto, las normas constitucionales y las especiales dictadas con el fin de proteger los recursos de la seguridad social en salud son claras en señalar que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud pertenecen al sistema y no a los entes que por disposición legal los administran, luego mal podrían entrar en su liquidación como si fueran de su propiedad...”.

Corolario de lo anterior es que la disposición cuestionada no infringe también los artículos 334 y 150 numeral 21 de la Constitución.

En consecuencia, deben denegarse las súplicas de la demanda, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A :

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

este derecho fundamental y de los conexos, en gran medida está determinada por la existencia de fuentes suficientes de financiación...”

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO