

INSTRUCCIONES ADMINISTRATIVAS – Naturaleza jurídica / CONTROL JUDICIAL DE INSTRUCCIONES, CIRCULARES U ÓRDENES – Desarrollo jurisprudencial / POSTURA DEL ENSANCHAMIENTO DEL ÁMBITO DEL CONTROL JUDICIAL DE CIRCULARES – Inaplicación / ACTUACIONES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA – No todas tienen el contenido para ser objeto de examen judicial / CONTROL JUDICIAL DE INSTRUCCIONES, CIRCULARES U ÓRDENES - Procede solo respecto de aquellas que tengan la capacidad de producir efectos jurídicos vinculantes / RECTIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA – De la postura adoptada por la Sección Primera en la sentencia del 27 de noviembre de 2014, que permitía ejercer control judicial respecto de todas las denominadas circulares, instrucciones u órdenes

Como quedó visto, se cuestiona parcialmente el contenido del documento transcrito denominado por el actor como instructivo de la “Resolución 530 de 2010”; sin embargo, esta Corporación ha distinguido qué “instructivos” dictados por la administración son actos administrativos, objeto de control. Tal precisión, para destacar que según esta Corporación son pasibles de examen de legalidad las instrucciones cuando quiera que ellas contengan aspectos que no se limiten a fijar pautas u orientaciones frente a la aplicación de una determinada normativa, sino que adopten decisiones frente a los destinatarios de la misma. [...] Siguiendo esta posición, se ha distinguido que sí son actos susceptibles de control cuando su contenido así lo permite. [...] A estos pronunciamientos reiterados por la Corporación y con ocasión de la expedición del CPACA, se decantó la postura denominada de ensanchamiento del ámbito del control judicial fundada en la diversidad de la actuación administrativa. Sustenta esta tesis que un acto ya no es controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa debido a la capacidad de producir efectos jurídicos sino por el ejercicio de la actividad del Estado, esto es, en cuanto constituye una manifestación de la función administrativa. [...] En esta oportunidad corresponde verificar cuál es la posición vigente de la Sección; y si esta última, que data del año 2014, ha tenido reiteraciones. Esta precisión, para determinar si el documento sometido a debate es controlable jurisdiccionalmente. Examinadas las decisiones adoptadas con posterioridad al año 2014, se advierte que esta posición de ensanchamiento del ámbito de control judicial ha tenido pronunciamientos en contrario. [...] Esta revisión de los pronunciamientos de la Sección en torno a la posición de la Corporación frente a los actos controlables, permite identificar que el criterio que impera y ante el cual se enfrenta el juzgador al momento de admitir la demanda o al decidir de fondo la misma, es aquel en el que se verifica si se cumplen los criterios que convergen para validar si el “pronunciamiento” demandado constituye o no un acto administrativo, pues no se limita a emitir una mera instrucción sino que debe abordar una situación de contenido jurídico para quienes la aplican o respecto de quienes se dirige. Entonces, esta Sala destaca respecto del pronunciamiento de la Sección del año 2014, el cual se estructuró bajo la tesis del “ensanchamiento del ámbito del control judicial”, y que esta decisión rectifica, para reiterar que en materia de control lo relevante es privilegiar que los asuntos que se judicialicen interesen al ámbito del derecho. Conferirle trámite a “toda manifestación de la función administrativa”, bajo el entendido que es susceptible de control conllevaría un raudal de demandas en aumento, las que ocuparían en igual proporción la actividad judicial respecto de aquellos asuntos que sí contienen una manifestación susceptible de control, que es finalmente sobre las cuales debe dirigir su función. Esta interpretación da cumplimiento al mandato superior que privilegia como fin del Estado el promover la vigencia de un orden justo, el cual se logra, entre otras formas, mediante la garantía de acceso a la administración de justicia para cuestionar los actos que por sus elementos, son controlables. Precisamente y en orden a establecer cuándo un acto es susceptible de control, esta Sala privilegia el examen sobre la

condición de acto demandable para establecer su carácter judicial, sin atenerse al criterio de la “manifestación de la función administrativa” y a las diferentes denominaciones que giran en torno al ejercicio de la función administrativa, sin que implique que por este hecho son actos controlables de la jurisdicción. [...] Todo lo anterior porque el juez al examinar los asuntos que le han sido confiados, tiene la potestad para “decir el derecho”, de donde viene su función de determinar, ante los casos difíciles, si un asunto es susceptible de control. Este razonamiento, por cuanto en la estructura del Estado moderno el juez se enfrenta a un evidente auge normativo en función de la regulación de las actividades del administrado en las que converge su interacción con otros y con el Estado y de este en el desempeño y realización de su actividad administrativa, lo cual implica identificar cuándo un acto es objeto de control, por cuanto, evidentemente, todos no lo son. [...] Estas condiciones y los desafíos del juez lo llevan necesariamente a identificar que estén presentes los elementos de la decisión de la administración para determinar si es posible concurrir a su control, pues lo cierto es que no toda actuación de la función administrativa tiene el contenido para ser objeto de examen judicial. Ello, por cuanto ciertas actividades que cumple la administración, en desarrollo y organización de sus cometidos y funciones, no suponen el arraigo de los elementos de la decisión controlable, en tanto muchas veces tiene que ver con la operatividad de la función, esto es, la realización de una regulación previa, lo que no posibilita el examen de legalidad que sí se predica de una decisión con efectos jurídicos frente a los administrados. [...] Del análisis de las providencias dictadas en sentido contrario al pronunciamiento del año 2014, denominado “ensanchamiento del ámbito del control judicial” y de lo aquí expuesto, la Sala rectifica dicha posición, que permitía ejercer control judicial respecto de todas las denominadas circulares, instrucciones u órdenes, para, en su lugar, señalar que serán pasibles de enjuiciamiento ante la jurisdicción las decisiones administrativas, independientemente de su denominación, solo aquellas que tengan la capacidad de producir efectos jurídicos vinculantes y, por lo mismo, controladas por las causales de nulidad previstas por el legislador.

INSTRUCCIÓN DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – Que pretende orientar el objeto de la Resolución 530 de 2010 / INSTRUCCIÓN – Carácter meramente orientador. Metodología para reportar y presentar la información requerida para el reclamo de deudas por recobro por las EPS S / CONTROL JUDICIAL DE INSTRUCCIÓN – No procede en tanto no evidencia manifestaciones concretas de voluntad administrativa capaces de producir efectos jurídicos que creen, modifiquen o extingan situaciones generales y/o particulares / FALLO INHIBITORIO – Por no ser el acto demandado susceptible de control judicial

Determinar qué naturaleza tiene el acto demandado y si en razón a esta, es posible realizar el control pretendido, o si como lo manifestó el Ministerio Público, debe emitirse un fallo inhibitorio. [...] El debate judicial de las instrucciones depende, al igual que las circulares, que posean contenido decisorio propio de los actos administrativos y que tengan fuerza vinculante frente a los administrados. En este caso, el documento acusado contiene una metodología de presentación de las “certificaciones” para el reclamo de recobros por parte de las EPSs, la que se adoptó con fundamento en varias normas que le sirven de sustento. Su remisión o cita a estas disposiciones no la convierte en una manifestación de contenido normativo, en razón a que su objeto mantiene el alcance de instructivo, esto es, el documento tiene implicaciones de ser un acto meramente orientador que adopta unos formatos de reclamación y su modo de diligenciarlos, hecho que en sí mismo impide su control judicial. El propósito es que las entidades que han de diligenciar los formatos creados para el reclamo de los ajustes pretendidos, presenten la

información necesaria en una forma idéntica, pues ello facilita el análisis a las entidades encargadas de evaluarlos. Esta Sala destaca que para fijar esa metodología, el Ministerio tuvo como fuente las normas generales previamente establecidas que le sirven de sustento y que relacionó para explicar cómo diligenciar los formularios adoptados. Luego, el instructivo tenía como propósito gestionar de manera uniforme los reclamos que se presentaran para el pago de servicios NO POS en el régimen subsidiado, cubiertos con los recursos destinados a apoyar a las entidades territoriales en el pago de tales obligaciones. Con esta claridad, lo que el reporte pretendía era que la información presentada y reportada, la que además dependía de cada EPS-S, estuviera de acuerdo con las disposiciones que fijan el reconocimiento de los procedimientos o servicios no cubiertos por el plan obligatorio de salud subsidiado. Su objetivo era diligenciar de manera uniforme, para hacer viable su revisión por las entidades que concurren al pago y por el Ministerio, en caso de que adelantara la auditoría autorizada. De este modo, lo que propuso el documento cuestionado fue un método de diligenciamiento de 8 proformas que contienen los requisitos establecidos previamente para obtener tales reembolsos, cuya calificación no puede ser otra diferente a orientar la forma de presentar los valores de las obligaciones reclamadas y sus soportes. [...] Así las cosas, el documento bajo examen no evidencia manifestaciones concretas de voluntad administrativa capaces de producir efectos jurídicos que creen, modifiquen o extingan situaciones generales y/o particulares, que se aparten de la reglamentación que refieren como fundamento de su expedición. Entonces, comoquiera que el instructivo consideró y aplicó las normas que invoca para formular una metodología para reportar y presentar la información requerida para el reclamo de deudas por recobro por las EPS-S, no se advierte que en su contenido tenga aspectos controlables por esta Jurisdicción. [...] En esa medida, la Sala determina que el contenido de este documento metodológico, es de diligenciamiento y presentación de reclamos y, por lo tanto, no contiene poder decisorio del cual se derive que es un acto pasible de debatirse a través de la acción de nulidad. De esta manera, como lo anticipó la Sala y al haberse concluido que este documento no es susceptible de control judicial, procederá a declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo, justificado en el hecho de no existir una decisión con las características de una acto demandable.

FUENTE FORMAL: RESOLUCIÓN 530 DE 2010 MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

NORMA DEMANDADA: INSTRUCTIVO DE METODOLOGÍA PARA LA DEPURACIÓN Y CONCILIACIÓN DE LAS DEUDAS POR ATENCIÓN DE EVENTOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO ADEUDADAS POR LAS ENTIDADES TERRITORIALES A LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPS S – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (Inhibitorio)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00317-00

Actor: JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - MINPROTECCIÓN

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

TESIS: ANÁLISIS DE LAS POSTURAS SOBRE EL CONTROL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN. FIJACIÓN DE LA POSICIÓN DE ACTO CONTROLABLE ANTE LA JURISDICCIÓN. RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. ELEMENTOS QUE SE PREDICAN PARA QUE UNA INSTRUCCIÓN SEA OBJETO DE EXAMEN. FALLO INHIBITORIO PORQUE LA INSTRUCCIÓN ACUSADA NO CONTIENE UN ACTO PASIBLE DE CONTROL.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide la demanda promovida por el ciudadano **JAIRO JOSE ARENAS ROMERO**, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA, contra el **instructivo** de la **“Resolución 530¹ de 11 de febrero de 2010”**, expedida por el Ministerio de la Protección Social.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- El actor presentó demanda, ante esta Corporación, contra el Ministerio de la Protección Social con el objeto de obtener la siguiente declaración:

*“La nulidad parcial² del **instructivo**, expedido por el Ministerio de la Protección Social, que establece la **“METODOLOGÍA PARA LA DEPURACIÓN Y CONCILIACIÓN DE LAS DEUDAS POR ATENCIÓN DE EVENTOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO ADEUDADAS POR LAS ENTIDADES TERRITORIALES A LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPS-S”**.”*

¹ “Por medio de la cual se establecen los criterios para definir los cupos indicativos de los recursos de excedentes de la subcuenta ECAT del FOSYGA, apropiados mediante Ley 1365 de 2009, destinados a apoyar a las entidades territoriales y los criterios para su asignación y distribución y los criterios para su distribución y giro”.

² El actor plantea que solo los apartes resaltados son los que considera ilegales, según se aprecia de la transcripción que hace del referido instructivo y que se aprecia a los folios 38 a 43 del expediente.

I.2.- Como fundamento de la demanda el actor destacó la necesidad de privilegiar los pilares del Sistema General de Seguridad Social en Salud, puesto que su desconocimiento por parte del Ministerio de la Protección Social genera la transgresión de principios Constitucionales.

Recordó que la Ley 100 de 1993³, por la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), definió un enfoque para la prestación del servicio de salud bajo las siguientes premisas: i) reducción de la participación del Estado, ii) reducción de los recursos de origen público en salud, iii) adecuada consecución de los objetivos de eficiencia, equidad y cobertura, iv) adecuada utilización de los recursos en las diferentes etapas de la atención efectiva de la salud y v) necesidad de unificar la reglamentación jurídica aplicable.

Explicó que con el fin de garantizar la prestación del servicio de salud se diseñaron dos regímenes: el contributivo y el subsidiado. El primero, es aquél cuya vinculación se hace a través del pago de una cotización individual o familiar, o un aporte económico previo. El otro, corresponde a aquél que afilia a las personas de bajos recursos mediante un subsidio reconocido por el Estado.

Indicó que el régimen que interesa a este proceso es el subsidiado, en razón a que su financiamiento se realiza principalmente por el Estado mediante un subsidio que administran los entes territoriales, quienes, a su vez, trasladan la mayoría de estos recursos a las EPS del régimen subsidiado (EPSS) para su administración.

Tales recursos provienen de los propios entes territoriales y del FOSYGA y se distribuye en “*subsidio a la demanda*”, que es el pago realizado a las EPSs para garantizar continuidad y ampliación de coberturas de afiliación en términos de número de personas incorporadas por municipio.

Precisó que en el régimen subsidiado la obligación de garantizar los servicios de salud a los usuarios es compartida entre las EPSs del régimen subsidiado (quienes garantizan el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, en adelante POSSS), y el Estado, en cabeza del ente territorial, que garantiza lo no cubierto con recursos destinados para tal fin. Esta obligación está prevista en los

³ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001, 31 del Decreto 806 de 1998 y 20 de la Ley 1122 de 2007.

En ese sentido, fue la Ley 100 la que creó las Entidades Promotoras de Salud-EPS, como sujetos del SGSSS, cuya función básica es la de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados, plan que está compuesto por servicios costeados mediante la Unidad de Pago por Capitación.

Afirmó que en la implementación del sistema de salud surgieron conflictos entre quienes debían garantizar los servicios de salud y los que los solicitaban, pues los usuarios reclamaban servicios **excluidos del POS**, ordenados por los médicos tratantes, por vía de acciones de tutela porque resultaban indispensables para la salud. De allí que el Estado se encuentre obligado jurídicamente al cubrimiento de esas prestaciones en salud **no POS**, a efectos de garantizar la salud de las personas.

Manifestó que los recursos necesarios para esta atención deben ser cubiertos por el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), en el régimen contributivo; y por las entidades territoriales, en el Régimen Subsidiado, con la finalidad de lograr el equilibrio financiero del sistema de salud.

I.3.- Bajo la anterior explicación el demandante consideró que los apartes que estima ilegales del Instructivo acusado, desconocen los artículos 13, 48 y 121 de la Constitución Política; 156, 173 y 245 de la Ley 100 de 1993; y 7° y 182 de la Ley 1122 de 2007.

Para desarrollar la violación de las normas superiores en las que fundó la demanda, planteó los siguientes cargos:

I.3.1.- Cargo primero. Según el demandante, no se les puede poner a cargo de las EPSs los servicios y/o valores de carácter indeterminado e incierto; y cuando las EPSs deben cubrir servicios más allá de sus obligaciones procede el **recobro** al Estado, para garantizar el equilibrio del sistema de salud.

Esta afirmación la sustentó en las sentencias C-316 y C-463 de 2008 de la Corte Constitucional las que, a su juicio, establecen que el Estado se encuentra obligado

jurídicamente al cubrimiento de las prestaciones en salud **no POS** ordenadas por los médicos tratantes, y que son necesarias para restablecer la salud de las personas, las cuales deben ser cubiertas por los entes territoriales, en el caso del régimen subsidiado.

Agregó que en dichos pronunciamientos se reiteró que el cubrimiento busca mantener, en todo momento, el equilibrio financiero del sistema, luego no es aceptable que sea parcial o incompleto. Ello, habida cuenta que si se expide una norma que “*derogue*” la posibilidad de efectuar el recobro total de tales servicios o que introduzca un desequilibrio en el sistema, es contrario a derecho.

Señaló que el instructivo que se demanda parcialmente, que se identifica con la Resolución 530 de 2010, establece la metodología para la depuración y conciliación de los recursos destinados al pago de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Indicó que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 073 de 2010 y la Resolución 530 de 2010, las obligaciones o cuentas a recobrar deben ser objeto de un “*ajuste*”; y que, con tal fin, prevén unos factores para fijar la base de las tarifas, determinadas bien por el SOAT o por el ISS, conforme se hayan pagado a la EPS los servicios POS, y sobre estas se aplican descuentos.

Atendiendo lo anterior, sostuvo, a modo de ejemplo, que el Ministerio reglamentó que las cuentas auditadas, depuradas y conciliadas, y por las cuales se pagaron servicios por parte de la EPSS a tarifa SOAT en los años 2006, 2007, 2008 y 2009, hay lugar, para su recobro, a ajustar las cifras aplicando descuentos del 25%, 30%, 35% y 40%.

Sostuvo que el instructivo de la Resolución 530 de 2010 dispuso que estará a cargo de la EPS la diferencia del valor del servicio NO POS, cuando el monto real de la factura sea objeto de los mencionados descuentos. A su juicio, se crea una obligación indeterminada a cargo de la EPS, lo que genera un claro desequilibrio entre los ingresos que percibe y las obligaciones que debe asumir.

I.3.2.- Cargo segundo. Planteó que el Ministerio de la Protección Social es **incompetente** para regular las materias relativas al régimen tarifario de los servicios no POS. Que usurpó funciones que se encuentran en cabeza de otros

órganos estatales, por lo que la **Resolución 530 de 2010** y el instructivo cuestionado deben desaparecer del ordenamiento jurídico.

Afirmó que la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- y definió quienes lo integran y las funciones y obligaciones a cargo; y que las competencias atribuidas al Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y la Protección Social, están contenidas en el artículo 173 de la citada Ley 100⁴.

Explicó que para determinar a quién le corresponde la función de regular las tarifas de los servicios de salud, es preciso distinguir entre los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y los servicios no POS. También analiza los aspectos que modificó la Ley 1122 de 2007.

Adujo que el párrafo del artículo 245 de la Ley 100⁵, creó la Comisión Nacional de Precios de los Medicamentos, cuya función primordial es la de formular la

⁴ ARTÍCULO 173. DE LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO DE SALUD. *Son funciones del Ministerio de Salud⁴ además de las consagradas en las disposiciones legales vigentes, especialmente en la Ley 10 de 1990, el Decreto ley 2164 de 1992 y la Ley 60 de 1993, las siguientes:*

1. *Formular y adoptar, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las políticas, estrategias, programas y proyectos para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico, social y ambiental que apruebe el Congreso de la República.*

2. *Dictar las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo, que son de obligatorio cumplimiento por todas las Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.*

3. *Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las Entidades Promotoras de Salud, por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.*

4. *Formular y aplicar los criterios de evaluación de la eficiencia en la gestión de las Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.*

5. *Elaborar los estudios y propuestas que requiera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el ejercicio de sus funciones.*

6. *Ejercer la adecuada supervisión, vigilancia y control de todas las entidades comprendidas en los literales b) a h) del artículo 181 de la presente ley y de las direcciones seccional, distrital y local de salud, excepto la Superintendencia Nacional de Salud.*

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

PARÁGRAFO. Las funciones de que trata el presente artículo sustituyen las que corresponden al artículo 9 de la Ley 10 de 1990, en los literales a), b), e), j).

⁵ ARTÍCULO 245. EL INSTITUTO DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS

[...] PARÁGRAFO. A partir de la vigencia de la presente Ley, la facultad para la formulación de la política de regulación de precios de los medicamentos de que goza el Ministerio de Desarrollo Económico, de acuerdo con la Ley 81 de 1988, estará en manos de la Comisión Nacional de Precios de los Medicamentos.

política de regulación de precios de medicamentos, la que se encontraba en cabeza, hasta ese momento y de acuerdo con la Ley 81 de 1987, en el Ministerio de Desarrollo Económico.

Expresó que de acuerdo con la normatividad citada, es competencia de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos determinar la política de regulación de precios de medicamentos, facultad que no se delegó en el Ministerio de la Protección Social.

Indicó que el tema de las tarifas de los servicios de salud, en lo que toca con el Plan Obligatorio de Salud, está definido en el artículo 3° de la Ley 1122 de 2007⁶, que creó la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, cuya función principal, según lo previsto en el artículo 7°⁷ de dicha Ley, es la de definir y modificar los

Para tal efecto, créase la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos compuesta, en forma indelegable, por los Ministros de Desarrollo Económico y Salud y un delegado del Presidente de la República. El Gobierno reglamentará el funcionamiento de esta Comisión.

Corresponde al Ministerio de Desarrollo hacer el seguimiento y control de precios de los medicamentos, según las políticas fijadas por la Comisión.

Corresponde al Ministerio de Salud el desarrollo de un programa permanente de información sobre precios y calidades de los medicamentos de venta en el territorio nacional, de conformidad con las políticas adoptadas por la comisión.

⁶Artículo 3°. *Comisión de Regulación en Salud: Creación y naturaleza. Créase la Comisión de Regulación en Salud (CRES) como unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social [...].*

⁷ Artículo 7°. *Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones:*

1. *Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.*

2. *Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.*

3. *Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.*

4. *Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio.*

5. *Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.*

6. *Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.*

7. *Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-955 de 2007, por los cargos estudiados, y condicionada a que se entienda que en dicha norma el legislador no autorizó a la Comisión de Regulación en Salud, para fijar la tarifa de la tasa por la prestación de los servicios de salud, y relativo a los honorarios de los profesionales en salud).*

8. *Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las recomendaciones para mejorarlo.*

9. *Recomendar proyectos de ley o de decretos reglamentarios cuando a su juicio sean requeridos en el ámbito de la salud.*

10. *Adoptar su propio reglamento.*

11. *Las demás que le sean asignadas por ley.*

Planes Obligatorios de Salud - POS que las EPS- garantizarán a sus afiliados, función de la cual se desprenden otras facultades legales.

Indicó que el numeral 7 del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, dejó en cabeza de la CRES, el “establecer y actualizar un sistema de tarifas” de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, según lo previsto en el numeral 1 del mismo artículo, pero no le otorgó facultad para regular los servicios excluidos del POS y los medicamentos no POS que son objeto de recobro al **FOSYGA**.

Concluyó que ni al Ministerio de la Protección Social ni a la Comisión de Regulación en Salud, se les confirió la facultad de establecer regulaciones tarifarias de los servicios no POSS, lo cual es, precisamente, la materia desarrollada en el instructivo de la Resolución 530 de 2010.

I.3.3.- Cargo Tercero. Destacó que la Resolución 530 de 2010, cuyo instructivo demanda, se expidió por el Ministerio de la Protección Social en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Decreto 073 de 2010.

Señaló que el Presidente de la República declaró el “*Estado de Emergencia Social*”, por un período de 30 días, mediante Decreto 4975 de 2009; y que en ejercicio de las facultades excepcionales expidió el Decreto Legislativo 073 de 2010.

Indicó que la Corte Constitucional mediante sentencia C-252 de 16 de abril de 2010, declaró inexecutable el Decreto 4975 de 2009, por lo que dispuso que dicha decisión tenía efectos inmediatos hacia futuro, con excepción de aquellas normas que establecían fuentes tributarias de financiación del sistema de salud, en cuyo caso el efecto de inexecutable fue diferido.

Con fundamento en tal declaratoria concluyó que el Decreto Legislativo 073 de 2010, dictado en desarrollo del estado de emergencia social, devino en

Parágrafo 1°. El valor de pagos compartidos y de la UPC serán revisados por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal, y el nuevo valor se determinará con fundamento en estudios técnicos previos.

Parágrafo 2°. En casos excepcionales, motivados por situaciones de emergencia sanitaria que puedan afectar la salubridad pública, el Ministerio de la Protección Social asumirá temporalmente las funciones de la Comisión de Regulación en Salud.

Parágrafo 3°. Las decisiones de la Comisión de Regulación en Salud referidas al régimen contributivo deberán consultar el equilibrio financiero del sistema, de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo, y las referidas al régimen subsidiado, en cualquier caso, serán compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

inconstitucional al desaparecer el fundamento jurídico de las facultades legislativas del Ejecutivo en el Estado de Excepción, en aplicación de la *“inconstitucionalidad por consecuencia”*.

Aclaró que en atención a que el Decreto Legislativo 073 de 2010, no guarda relación alguna con las materias cuya inexecuibilidad fue declarada con efectos diferidos, el mismo quedó fuera del ordenamiento jurídico; luego, no existe la facultad en la que se basó el Ministerio de la Protección Social para expedir la Resolución 530 de 2010 ni su instructivo.

Finalizó con el señalamiento según el cual el Ministerio de la Protección Social no es competente para expedir normas que establezcan tarifas o precios máximos de servicios no POS, ni en virtud del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, ni con base en el Decreto Legislativo 128 de 2010⁸.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.1 MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Mediante apoderada, presentó escrito⁹ de contestación por el cual se opuso a las pretensiones de la demanda. Como razones de defensa invocó las siguientes:

Aclaró que el entonces Ministerio de la Protección Social, en aras de salvaguardar la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, expidió la **Resolución 530 de 2010**, en virtud de la cual definió los cupos indicativos de los recursos excedentes de la subcuenta ECAT del **FOSYGA**, apropiados mediante la Ley 1365 de 2009, destinados a apoyar a las entidades territoriales, a través de la implementación de proyectos para la atención prioritaria en salud a nivel nacional y los criterios para su asignación, distribución y giro.

Indicó que, de conformidad con lo previsto en los numerales 2 y 23 del artículo 150 de Constitución Política, corresponde al Congreso de la República regular la prestación del servicio público de salud y al Gobierno Nacional ejercer la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de la ley.

⁸ Decreto Legislativo 128 de 2010, *“por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”*. Declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-288 de 21 de abril de 2010.

⁹ Folios 139 a 143 del expediente.

Afirmó que el Ministerio de la Salud y Protección Social, en su calidad de jefe de la administración en la respectiva materia y como Director del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien puede dictar reglamentos o actos administrativos de contenido general, obviamente, sin rebasar el ámbito material de la ley y sin transgredir los actos de naturaleza reglamentaria expedidos por el Presidente de la República, de conformidad con el artículo 208 de la Carta Política y lo señalado por el Consejo de Estado¹⁰.

Agregó que el acto acusado se emitió con base en las facultades otorgadas al Ministerio de Salud, tanto por el artículo 173 de la Ley 100, el parágrafo 4° del artículo 13 de la Ley 1122 de 2011, como por el Decreto 1283 de 1996, por lo que, en su criterio, el **instructivo de la Resolución 530 de 2010** se expidió por el órgano competente y sin rebasar normas de rango superior ni desconocer las de carácter legal y constitucional vigentes.

Indicó que, según el artículo 4° de la Resolución 530 de 2010, las Instituciones acreedoras, Prestadoras del Servicio de Salud o la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, podían acogerse voluntariamente a las condiciones y mecanismos previstos en la citada Resolución.

Concluyó que por ser **voluntario el mecanismo previsto en la Resolución 530 de 2010**, de ninguna manera el Ministerio de la Protección Social creó obligaciones indeterminadas a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, como tampoco generó desequilibrios entre los ingresos y obligaciones a su cargo, por tratarse de un mecanismo optativo. De manera que las EPSs podían decidir libremente si conciliaban la deuda y, de esa forma, manifestar formalmente su voluntad de acuerdo con la metodología prevista en el instructivo de la referida resolución.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Surtida la etapa probatoria se ordenó correr traslado para alegar de conclusión¹¹.

¹⁰ Se refirió a la decisión contenida en la sentencia del 21 de octubre de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

¹¹ El demandante radicó su escrito de alegatos (fls. 162 a 169) y el Ministerio de Salud y de la Protección Social (fls. 172 a 175), quienes reiteraron las posiciones expuestas en la demanda y en su contestación, respectivamente.

Durante este término el Ministerio Público¹² rindió concepto¹³.

III.1 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de hacer referencia a los antecedentes del proceso, destacó que lo aquí demandado era “*el instructivo de la Resolución núm. 00000530 de 11 de febrero de 2010*”, según lo dispuesto en el auto admisorio de la demanda.

Indicó que al haberse solicitado por esta Corporación al Ministerio de la Protección Social copia auténtica de la Resolución 530 de 11 de febrero de 2010, la entidad la remitió acompañada de un anexo técnico relacionado con “*cupos indicativos por departamento y distrito destinados a apoyar a las entidades territoriales a través de la implementación de proyectos para la atención prioritaria en salud a nivel nacional*”, pero nada dijo, ni acompañó, frente al documento denominado “*METODOLOGIA PARA LA DEPURACIÓN Y CONCILIACIÓN DE LAS DEUDAS POR ATENCIÓN DE EVENTOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO ADEUDADAS POR LAS ENTIDADES TERRITORIALES A LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPS-S*”.

Agregó que a pesar de que el artículo 3°, numeral 3.1., de la Resolución 530 de 11 de febrero de 2010, se alude a un instructivo, no es posible determinar que este sea el instructivo al cual se refiere la citada Resolución 530 de 2010. La norma en cita prevé:

*“[...] Se cancelarán con los recursos de que trata la presente resolución, las deudas por atenciones a la población pobre no asegurada y eventos no incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, prestadas a partir del 1° de enero de 2006 y el 30 de junio de 2009 a cargo de los departamentos y distritos, que no hayan sido canceladas con ningún otro recurso de origen territorial o nacional, depuradas, conciliadas y auditadas por la dirección territorial de salud respectiva y liquidadas a tarifas mínimas **de acuerdo con el***

¹² Con ocasión de este concepto, el Consejero de Estado, dr. Roberto Augusto Serrato Valdés manifestó impedimento para conocer de proceso debido a la actuación que cumplió cuando fungió como agente del Ministerio Público. Mediante providencia del 30 de abril 2019 se le aceptó el impedimento y se le separó del conocimiento de este proceso (fls. 276-277 del expediente).

¹³ A los folios 176 a 179 del expediente obra el concepto rendido por el Agente del Ministerio Público.

instructivo que determine el Ministerio de la Protección Social [...]

(Subrayas y negrillas fuera del texto)

A tal conclusión arribó porque: **i)** el documento demandado no hace referencia al acto administrativo que lo adopta como una norma de obligatorio cumplimiento, y **ii)** aunque la administración pueda adoptar diversas formas de emitir sus manifestaciones de voluntad unilaterales con la finalidad de producir efectos jurídicos, como lo puede ser un instructivo, el documento no puede atribuírsele a funcionario alguno del Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y la Protección Social).

Por las anteriores razones estimó que el documento acusado **no puede catalogarse como un acto administrativo susceptible de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo**, lo cual daría lugar a que se dicte fallo inhibitorio por parte de la Sala.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1 PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con lo planteado en este proceso, se establecerá si procede declarar la nulidad de los “aportes” señalados del instructivo cuestionado por el demandado y que indicó, corresponde a aquel referido en la Resolución 530 de 2010.

Para analizar si esta petición es procedente, la Sala se ocupará de dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

Determinar qué naturaleza tiene el acto demandado y si en razón a esta, es posible realizar el control pretendido, o si como lo manifestó el Ministerio Público, debe emitirse un fallo inhibitorio.

Dilucidado lo anterior, y de ser procedente la acción de nulidad, corresponderá examinar si es cierto que los aportes reseñados por el demandante constituyen una violación de las normas superiores invocadas como transgredidas.

Entonces, para resolver estos interrogantes, es necesario identificar los apartes cuestionados del Instructivo controvertido a fin de estimar si lo acusado constituye un acto administrativo susceptible de control por esta jurisdicción.

IV.2 EL INSTRUCTIVO CUESTIONADO

En este punto y para examinar la condición y naturaleza de lo accionado es importante señalar que el actor dirige la demanda contra un aparte de este documento, encabezado bajo el siguiente título: *“METODOLOGIA PARA LA DEPURACION Y CONCILIACION DE LAS DEUDAS POR ATENCIÓN DE EVENTOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDADO ADEUDADAS POR LAS ENTIDADES TERRITORIALES A LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPS-S”*; y con tal propósito señaló *“me permito transcribir el contenido de la norma que se demanda en nulidad, resaltando¹⁴ los apartes que se consideran ilegales”*¹⁵.

“Ministerio de la Protección Social

República de Colombia

Dirección General de Calidad de Servicios

METODOLOGIA PARA LA DEPURACION Y CONCILIACION DE LAS DEUDAS POR ATENCIÓN DE EVENTOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDADO ADEUDADAS POR LAS ENTIDADES TERRITORIALES A LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPS-S

1. INTRODUCCION

El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 4975 de 2009 declaró el estado de Emergencia Social en todo el país con el propósito de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud amenazando de manera inminente entro otros aspectos, la continuidad en la prestación del servicio público

¹⁴ El texto que transcribe utiliza la opción de negrillas y destaca algunos apartes que se tomaron textuales del escrito de demanda.

¹⁵ Folio 38 del expediente. Acápites “I. Actos Demandados”

esencial de salud, así como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, consecuencia entre otros aspectos del incremento abrupto y acelerado en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, lo cual implicó un incremento significativo del valor estimado del déficit por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por parte de los departamentos y distritos, poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida.

Como parte de las medidas tomadas en el marco de la emergencia, se determinaron algunas dirigidas a la liberación de recursos que de manera excepcional se puedan destinar al pago de la prestación de servicios de salud a cargo de los departamentos y distritos, incluyen la destinación a los departamentos de los recursos de los saldos de liquidación de los contratos del régimen subsidiado suscritos antes de 1º de abril de 2008, previsto en el decreto 4976 de 2009, la liberación de los saldos excedentes de recursos del Situado Fiscal y Sistema General de Participaciones – Aportes patronales, definidos en el Decreto 073 de 2010, así como la asignación de recursos en el Presupuesto General de la Nación destinados al apoyo de las entidades territoriales.

La distribución y giro de los recursos previstos en las medidas descritas están sujetos, de acuerdo con la normatividad, a procesos de auditoría y consecuentemente depuración, conciliación y liquidación a tarifas definidas de acuerdo con el instructivo que determine el Ministerio de la Protección Social.

Con el fin de que las entidades departamentales y distritales puedan disponer de estos recursos, se procede a establecer el procedimiento que permita la depuración y conciliación de las deudas y la liquidación a las tarifas a las cuales serán canceladas las deudas con entidades promotoras de salud del régimen subsidiado.

La metodología que a continuación se describe está conformada por lo siguiente:

- a. Procedimiento para la depuración y conciliación de las deudas por el recobro de la atención de eventos no incluidos en el plan obligatorio del régimen subsidiado,
- b. Instructivo para el ajuste de las obligaciones, y
- c. Los formatos e instructivos para su diligenciamiento.

[...]

Una vez realizada la depuración de las deudas de la Entidad Territorial con la EPS-S, esta última deberá aplicar el factor de ajuste a cada uno de los valores de la deuda, de acuerdo con el instructivo mencionada en el literal B de la presente metodología, y relacionar las facturas o cuentas de cobro con los valores ajustados en el Cuadro No. 2A.

[...]

B. INSTRUCTIVO PARA EL AJUSTE DE LAS OBLIGACIONES

1. Ajuste de las obligaciones al factor de ajuste

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 073 de 2010 y la Resolución 530 de 2010, obligaciones o cuentas se liquidarán a las tarifas de acuerdo con el instructivo que adopte el Ministerio de la Protección Social.

Teniendo como punto de partida las cuentas auditadas, depuradas y conciliadas, y establecidas las deudas reportadas por las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado (EPS-S), es decir, una vez aplicada la metodología de depuración y conciliación por parte de las EPSS, el ajuste de las obligaciones se podrá realizar de la siguiente manera:

- i) Agrupando los servicios prestados en categorías.
- ii) Agrupar los valores adeudados por año.

Nota: Si una vez ajustada la deuda, la entidad acreedora desea realizar descuentos a dichos valores ya ajustados, deberá diligenciar en la columna **Descuento otorgado por la EPSS**, el valor del

descuento en las certificaciones 2Aa, 2Ab, 3Aa y 3Ab, de acuerdo con el instructivo en el literal C, de la presente metodología.

Para desarrollar los procedimientos i) y ii) es necesario que se realicen los siguientes procedimientos:

i) Agrupar los servicios prestados en las siguientes categorías:

<i>Categoría</i>	<i>Servicios incluidos</i>
<i>Consulta</i>	<i>Consulta especializada, de médico general, interconsultas, cuidado diario intrahospitalario cuando aplique</i>
<i>Imágenes diagnósticas y terapias</i>	<i>Radiología convencional, ecografías, tomografía axial computarizada, resonancia magnética, medicina nuclear, cardiología, neumología, neurología, banco de sangre, laboratorio clínico y terapias</i>
<i>Estancia hospitalaria</i>	<i>Habitaciones unipersonales, de dos camas, tres y más camas</i>
<i>Unidad de cuidados intensivos o intermedios (adulto, pediátrica, neonatal)</i>	<i>Unidad de cuidado intensivo adulto, pediátrica y neonatal, unidad de cuidados intermedios</i>
<i>Procedimientos terapéuticos y cirugías</i>	<i>Se incluye la suma de honorarios médicos de cirujano y anestesiólogo, derechos de sala de cirugía o consultorio o sala especial y materiales. Los procedimientos quirúrgicos mayores al grupo 20 establecidos en el Decreto 2423 del 31 de diciembre de 1996 o que tengan más de 200 UVR estipulados en el manual ISS no se encuentran incluidos en ninguna categoría.</i>
<i>Conjuntos de</i>	<i>Las cirugías y procedimientos</i>

<i>Atención Integral</i>	<i>intervencionistas que se encuentran establecidos en los acuerdos del Instituto de Seguros Sociales y el Decreto 2423 del 31 de diciembre de 1996</i>
--------------------------	---

En función de cada categoría y la tarifa facturada, se deberán ajustar los valores adeudados, utilizando los factores de ajuste que se presentan en la siguiente tabla:

Factor de ajuste de las obligaciones

<i>Tarifa base facturada inicialmente</i>	<i>Factor de ajuste</i>					
	<i>consultas</i>	<i>Imágenes diagnósticas y terapias</i>	<i>Estancia hospitalaria</i>	<i>(UCI adultos, neonata, pediátrica, Intermedia.</i>	<i>Procedimientos Terapéuticos y Cirugías</i>	<i>Conjunto de Atención integral.</i>
<i>SOAT 2006¹⁶</i>	<i>SOAT 2006 Menos 25%</i>	<i>SOAT 2006</i>	<i>SOAT 2006 Menos 17%</i>	<i>SOAT 2006 Menos 7%</i>	<i>SOAT 2006</i>	<i>SOAT 2006 Menos 30%</i>
<i>SOAT 2007</i>	<i>SOAT 2007 Menos 30%</i>	<i>SOAT 2007 Menos 5%</i>	<i>SOAT 2007 Menos 22%</i>	<i>SOAT 2007 Menos 13%</i>	<i>SOAT 2007</i>	<i>SOAT 2006 Menos 25%</i>
<i>SOAT 2008</i>	<i>SOAT 2008 Menos 34%</i>	<i>SOAT 2008 Menos 11%</i>	<i>SOAT 2008 Menos 26%</i>	<i>SOAT 2008 Menos 18%</i>	<i>SOAT 2008 Menos 7%</i>	<i>SOAT 2008 38%</i>
<i>SOAT 2009</i>	<i>SOAT 2009</i>	<i>SOAT 2009</i>	<i>SOAT 2009</i>	<i>SOAT 2009</i>	<i>SOAT 2009</i>	<i>SOAT 2009</i>

FUENTES

¹⁶ Decreto 2423 del 31 de diciembre de 1996

	Menos 39%	Menos 17%	Menos 32%	Menos 24%	Menos 14%	Menos 43%
ISS ¹⁷ 1999	ISS 1999 + 43%	ISS 1999 + 66%	ISS 1999 + 49%	ISS 1999 + 44%	ISS 1999 +41%	ISS 1999 +35%
ISS ¹⁸ 2000	ISS 2000 +19%	ISS 2000	ISS 2000 + 19%	ISS 2000 +16%	ISS 2000	ISS 2000 + 30%
ISS ¹⁹ 2001	ISS 2001 + 25%	ISS 2001 + 25%	ISS 2001 + 25%	ISS 2001 + 25%	ISS 2001 + 25%	ISS 2001 + 25%
ISS ²⁰ 2004	ISS 2004 + 14%	ISS 2004 + 64%	ISS 2004 + 19%	ISS 2004 +18%	ISS 2004 + 34%	ISS 2004 + 19%

La tarifa base facturada inicialmente corresponde al valor por servicio facturado; en el caso que haya facturado a una tarifa con descuento, se aplicará la diferencia para llegar al factor establecido en la tabla, si por el contrario el descuento es mayor al ajuste indicado en la tabla, no se deberá aplicar ningún factor de ajuste.

Nota: Para el caso de insumos, materiales, medicamentos y servicios que no se pueden incluir en las categorías mencionadas en la tabla Factor de ajuste de las obligaciones de la presente metodología, no se deberá realizar ajuste alguno, se reconocerá al valor facturado inicialmente.

ii. Agrupar los valores adeudados por año y aplicar los siguientes factores de ajuste:

Factores de ajustes de las obligaciones

<i>Tarifa base facturada</i>	<i>Descuento</i>	<i>a</i>	<i>Incremento</i>	<i>a</i>
------------------------------	------------------	----------	-------------------	----------

¹⁷ Acuerdo 209 de 1999 del Instituto de Seguros Sociales

¹⁸ Acuerdo 228 de 2000 del Instituto de Seguros Sociales

¹⁹ Acuerdo 256 de 2001 del Instituto de Seguros Sociales

²⁰ Acuerdo 312 de 2004 del Instituto de Seguros Sociales. Establecidos en los acuerdos del Instituto de Seguros Sociales y el Decreto 2423 de 31 de diciembre de 1996

<i>inicialmente</i>	<i>aplicar</i>	<i>aplicar</i>
SOAT 2006	25%	
SOAT 2007	30%	
SOAT 2008	35%	
SOAT 2009	40%	
ISS 1999		35%
ISS 2000		15%
ISS 2001		25%
ISS 2004		15%

FUENTES

Decreto 2423 del 31 de diciembre de 1996

Acuerdo 209 de 1999 del Instituto de Seguros Sociales

Acuerdo 228 de 2000 del Instituto de Seguros Sociales

Acuerdo 256 de 2001 del Instituto de Seguros Sociales

Acuerdo 312 de 2004 del Instituto de Seguros Sociales

Establecidos en los acuerdos del Instituto de Seguros Sociales y el Decreto 2423 de 31 de diciembre de 1996

La tarifa base facturada inicialmente corresponde al valor por servicio facturado; en el caso que haya facturado a una tarifa con descuento, se aplicará la diferencia para llegar al factor establecido en la tabla, si por el contrario el descuento es mayor al ajuste indicado en la tabla, no se deberá aplicar ningún factor de ajuste.

Ejemplos de conversión:

1. Valor facturado por estancia hospitalaria con tarifa SOAT 2006 valor \$ 114.000, para efectos de ajustar la obligación de acuerdo con lo establecido en la tabla Factor de ajuste de las obligaciones se deberá descontar el 17%, quedando así:

$$\$114.000 - (\$114.000 \times 17\%) = \$94.620$$

2. Valor facturado para consulta con tarifa SOAT 2007 menos 10% valor \$ 26.000, se deberá ajustar con la diferencia para llegar al

porcentaje del 30% como factor de ajuste de las obligaciones mencionado en el presente literal, es decir, 20%.

$$\$31.740 - (\$31.740 \times 20\%) = \$20.800$$

3. Valor facturado por imágenes diagnósticas y terapias con tarifa SOAT 2008 menos 30%, no se deberá ajustar se mantendrá la tarifa facturada.

4. Valor facturado por estancia hospitalaria con tarifa SOAT 2009 mas un 10% valor \$ 152.900, se deberá ajustar para cambiar el valor a SOAT 2009 y posteriormente aplicar el factor de ajuste de las obligaciones, mencionado en el presente literal, establecido en la tabla, es decir el 32%.

Para traer a SOAT 2009:

$$\$152.900 / 1.10 = \$139.000$$

Para ajustar la obligación de acuerdo con el factor:

$$\$139.000 - (\$139.000 \times 33\%) = \$94.520$$

2. Registro del saneamiento de la cartera una vez realizados los giros de que tratan el Decreto 073 de 2010 y la Resolución 530 de 2010.

2.1 Depuración de cartera de las EPS-S públicas

a) La diferencia que se presente entre el valor de las facturas que soportan las deudas reveladas en los estados contables y los pagos realizados a las mismas en aplicación del Decreto 073 de 2010 y la Resolución 530 de 2010, deberá ser depurada de la contabilidad, de acuerdo con los procedimientos contables definidos por la Contaduría General de la Nación en el Régimen de Contabilidad Pública y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

2.2 Depuración de cartera de las EPS-S privadas

La diferencia que se presente entre el valor de las facturas que soportan las deudas reveladas en los estados financieros de población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, frente a los pagos realizados a las mismas, en aplicación de la del Decreto 073 de 2010 y la Resolución 530 de 2010, deberá ser depurada de la contabilidad de acuerdo con los procedimientos contables de acuerdo con lo establecido por la Superintendencia Nacional de Salud.

3. Auditoría.

El Ministerio de la Protección Social podrá efectuar las auditorías pertinentes a la deuda certificada; si se encuentra que la información depurada y conciliada por la entidad territorial presenta inexactitudes, se remitirá el informe correspondiente a las entidades de vigilancia y control, para lo de su competencia [...].

IV.3 NATURALEZA DEMANDABLE DE LAS INSTRUCCIONES

Como quedó visto, se cuestiona parcialmente el contenido del documento transcrito denominado por el actor como instructivo de la “Resolución 530 de 2010”; sin embargo, esta Corporación ha distinguido qué “instructivos” dictados por la administración son actos administrativos, objeto de control.

Tal precisión, para destacar que según esta Corporación son pasibles de examen de legalidad las instrucciones cuando quiera que ellas contengan aspectos que **no se limiten a fijar pautas u orientaciones frente a la aplicación de una determinada normativa**, sino que adopten decisiones frente a los destinatarios de la misma. Al respecto se precisó:

[...] las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues, si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, sin que contengan decisiones, no

serán susceptibles de control judicial [...]²¹ (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Siguiendo esta posición, se ha distinguido que sí son actos susceptibles de control cuando su contenido así lo permite. Al efecto se señaló:

“[...] Las instrucciones o circulares administrativas son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, 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, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda [...]”²². (Negrillas y subrayas fuera del texto)

A estos pronunciamientos reiterados por la Corporación y con ocasión de la expedición del CPACA, se decantó la postura denominada de **ensanchamiento del ámbito del control judicial** fundada en la diversidad de la actuación administrativa. Sustenta esta tesis que un acto ya no es controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa debido a la capacidad de producir efectos jurídicos sino por el ejercicio de la actividad del Estado, esto es, en cuanto constituye una manifestación de la función administrativa. En dicho pronunciamiento se precisó:

²¹ Entre las sentencias que reiteran esta posición se pueden consultar las siguientes: 1. Sección Cuarta, sentencia de 26 de septiembre de 2018, exp. 11001-03-27-000-2016-00027-00 (22465) C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, 2. Sección Segunda, sentencia de 20 de marzo de 2013, exp. 08001-23-31-000-2010-00135-01(1575-12) C.P. Gerardo Arenas Monsalve, 3. Sección Cuarta, sentencia de 13 de marzo de 1998, exp. 8487; 4. Sección Primera, sentencia de 19 de marzo de 2009, exp. 00285, C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta; 5. Sección Primera Sentencia de 3 de febrero de 2000, exp 5236. C.P. Manuel Santiago Urueta; 6. Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1999, exp. 5064. C. P. Manuel Urueta Ayola 7. Providencias de 10 de febrero de 2000, exp. 5410 y de 1 de febrero de 2001, exp. 6375, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

²² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera – Sentencia de 19 de marzo de 2009. Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00285-00 Actor: Elizabeth Regina Cortes Orjuela. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

“[...] [E]n criterio de la Sala esta postura responde a los requerimientos que el principio de Estado de Derecho eleva a la jurisdicción contenciosa en la realidad administrativa actual y consulta mejor que la línea jurisprudencial anterior los propósitos de la reforma legal de 2011, **en tanto viabiliza un verdadero ensanchamiento del ámbito del control judicial de las actuaciones de la Administración**, ya no controlables solo en tanto que actos administrativos, **sino en cuanto manifestaciones de la función administrativa**. En efecto, el hecho de actuar ésta en cada vez más oportunidades por medios que no pueden encuadrarse dentro de los denominados actos de poder, comando y control (command and control) o Derecho Duro (hard law) obligan a tomar en consideración el nuevo contexto en el que se desenvuelve la función administrativa. La proliferación contemporánea de actuaciones administrativas desprovistas del elemento de unilateralidad, coercibilidad o de jerarquía propio de los actos administrativos a favor de actuaciones de tipo más horizontal o dialógicas, en las que se negocia, colabora, promueve o informa sobre un determinado asunto (soft law), exigen de la jurisdicción contencioso administrativa una reflexión sobre la validez de preservar un modelo que, como el basado en la actuación por acto administrativo, hoy no es ya exclusivo en el panorama jurídico de la Administración. Surge así el desafío de replantearse aspectos relacionados con el objeto o la órbita de competencias del juez administrativo, de modo que se haga posible expandir el radio de acción del control judicial de forma paralela al ensanchamiento experimentado por las actuaciones de la Administración, hoy mucho más ricas y diversas que la clásica resolución de una materia mediante acto administrativo. En un verdadero Estado de Derecho, en aras de asegurar tanto la vigencia plena de los referidos principios de constitucionalidad y legalidad como la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial, estas nuevas formas de actuación de la Administración no pueden quedar fuera del alcance del contencioso administrativo. **Así, con independencia de que por su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afecten de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la**

Administración (ellas sí plenamente oponibles y ejecutables en el ámbito de los particulares) **justifican su sometimiento al control de esta jurisdicción.** En últimas son un mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley han encomendado a las autoridades administrativas y en cuanto tal su conformidad con estas ha de ser total [...]”²³. (Negrillas y subrayas fuera del texto)

En esta oportunidad corresponde verificar cuál es la posición vigente de la Sección; y si esta última, que data del año 2014, ha tenido reiteraciones. Esta precisión, para determinar si el documento sometido a debate es controlable jurisdiccionalmente.

Examinadas las decisiones adoptadas con posterioridad al año 2014, se advierte que esta posición de ensanchamiento del ámbito de control judicial ha tenido pronunciamientos en contrario. A tal conclusión se arriba, del contenido de las siguientes providencias:

“[...] De la lectura detallada de la anterior circular, el Despacho advierte que **su contenido se enmarca dentro de lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado como un “[...] mero acto administrativo [...]**”²⁴, por cuanto no está resolviendo de fondo un asunto ni tampoco es producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, **sino que se limita a informar los lineamientos para liquidación compensación** de que trata el artículo 2º de la Resolución 045 de 2012.

En efecto, el acto acusado no contiene una manifestación de voluntad de la Administración que produjese efecto jurídico alguno, pues no modifica, crea o extingue algún derecho de la sociedad actora. Nótese, en este mismo sentido, que en la circular en comento la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV le está recordando a los operadores del servicio de televisión por suscripción que, quienes no hayan presentado las autoliquidaciones de compensación por la operación

²³ Consejo de Estado - Sección Primera. Sentencia de 27 de noviembre de 2014, radicado núm. 05001-23-33-000-2012-00533-01. C.P. Guillermo Vargas Ayala.

²⁴ Ver entre otras la providencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 27 de octubre de 2017, Rad.: 2006 – 1312. Magistrado Ponente: doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

del servicio público de televisión conforme a lo señalado en el instructivo, deberán realizar los ajustes correspondientes antes del día 15 de agosto de 2016, pero, como se advierte, no está definiendo la compensación en sí misma.

Entonces, **no resulta procedente tramitar ante esta Jurisdicción una demanda en contra de una circular que no resuelve de fondo una actuación administrativa, por cuanto la autoridad demandada en ningún momento impuso una obligación de la cual se desprenda una decisión con efectos jurídicos.**²⁵

[...]

En este orden de ideas, el Despacho dejará sin efectos el auto de 18 de septiembre de 2017, por medio del cual se admitió la demanda respecto de la Circular 017 de 12 de julio de 2015 y, en su lugar, dispondrá el rechazo de la misma como quiera que los actos demandados no son susceptibles de control judicial [...]"²⁶(Negritas y subrayas fuera del texto).

Esta decisión fue confirmada por los demás miembros de la Sala²⁷ al decidir el recurso de súplica interpuesto en su contra, bajo los siguientes argumentos:

"[...] Por otra parte, en lo que tiene que ver con la calidad del acto administrativo que se demanda, cabe señalar que los actos administrativos susceptibles de control judicial son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden

²⁵ En esta providencia se transcriben otros pronunciamientos en los que se ha reiterado que los actos que se limitan a dar una mera información y que no crean, modifican o extinguen situación jurídica, no son susceptibles de control judicial, que son: 1) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 17 de febrero de 2011. Rad: 2009 – 00080. 2) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 4 de agosto de 2011. Rad.: 2000 – 00430. 3) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 24 de noviembre de 2016. Rad.: 2014 – 01164 y 4) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 28 de septiembre de 2017. Rad.: 2015 – 00176.

²⁶ Consejo de Estado - Sección Primera. Auto del 20 de marzo de 2018. Expediente No. 11001-03-24-000-2017-00009-00. Actor: TELMEX COLOMBIA S.A. Demandado: Autoridad Nacional De Televisión – ANTV. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdez.

²⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Auto del 10 de mayo de 2018. Radicación número: 11001-03-24-000-2017-00009-00. Actor: TELMEX COLOMBIA S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. C.P. María Elizabeth García González.

directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos.

Por su parte, los actos de trámite son aquellos que le dan celeridad a la actuación, es decir, impulsan el trámite propio de una decisión que ha de tomarse con posterioridad, los cuales no son susceptibles de demandarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a diferencia de los actos definitivos que, como se dijo, ponen fin a una actuación y deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.

[...]

La Sala considera que la denominada Circular Externa nro. 017 de 2016 no es un acto definitivo porque no pone fin a la actuación administrativa, más aún cuando no contiene una manifestación de voluntad de la Administración que produzca un efecto jurídico al no modificar, crear o extinguir alguna situación jurídica.

La Sala en un caso similar al aquí estudiado, dentro del expediente nro. 2016-00768-01²⁸; sostuvo:

*“[...] En tal contexto, **únicamente las decisiones de la Administración producto de la culminación de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**, de manera, que los actos de trámite o preparatorios distintos de los antes señalados se encuentran excluidos de dicho control; así mismo, se exceptúan de control jurisdiccional los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional, toda vez que a través de ellos tampoco se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones*

[...]

*“[...] En este caso, se advierte que **la lista objeto de la demanda es un acto de aquellos expedidos durante un procedimiento administrativo con el fin de preparar la***

²⁸ Auto de 11 de mayo de 2017. M.P. María Elizabeth García González.

decisión que produce efectos jurídicos, que en este caso es la habilitación o no en el Banco de Oferentes de cada entidad territorial [...]”(Negritas y subrayas fuera del texto).

Esta revisión de los pronunciamientos de la Sección en torno a la posición de la Corporación frente a los actos controlables, permite identificar que el criterio que impera y ante el cual se enfrenta el juzgador al momento de admitir la demanda²⁹ o al decidir de fondo la misma, es aquel en el que se verifica si se cumplen los criterios que convergen para validar si el “*pronunciamiento*” demandado constituye o no un acto administrativo, pues no se limita a emitir una mera instrucción sino que debe abordar una situación de contenido jurídico para quienes la aplican o respecto de quienes se dirige.

Entonces, esta Sala destaca respecto del pronunciamiento de la Sección del año 2014, el cual se estructuró bajo la tesis del “*ensanchamiento del ámbito del control judicial*”, y que esta decisión rectifica, para reiterar que en materia de control lo relevante es privilegiar que los asuntos que se judicialicen interesen al ámbito del derecho. Conferirle trámite a “*toda manifestación de la función administrativa*”, bajo el entendido que es susceptible de control conllevaría un raudal de demandas en aumento, las que ocuparían en igual proporción la actividad judicial respecto de aquellos asuntos que sí contienen una manifestación susceptible de control, que es finalmente sobre las cuales debe dirigir su función.

Esta interpretación da cumplimiento al mandato superior que privilegia como fin del Estado el promover la vigencia de un orden justo, el cual se logra, entre otras formas, mediante la garantía de acceso a la administración de justicia para cuestionar los actos que por sus elementos, son controlables.

Precisamente y en orden a establecer cuándo un acto es susceptible de control, esta Sala privilegia el examen sobre la condición de acto demandable para establecer su carácter judicial, sin atenerse al criterio de la “*manifestación de la función administrativa*” y a las diferentes denominaciones que giran en torno al ejercicio de la función administrativa, sin que implique que por este hecho son actos controlables de la jurisdicción.

²⁹ El Juez en todo caso cumple el control de legalidad en todas las etapas del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA.

La Sala se ocupó en las siguientes decisiones, que se transcriben, de analizar la particularidad del pronunciamiento administrativo acusado y concluyó que ninguno de ellos, independientemente de su designación, constituía un acto enjuiciable.

- **Oficio.** Auto de 19 de diciembre de 2019 (Nulidad y restablecimiento del derecho, expediente núm. 11001-03-27-000-2019-00041-00, Actor: José Manuel Padilla Salcedo, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés):

*“[...] Inicialmente la demanda fue conocida por el doctor **Julio Roberto Piza Rodríguez**, Magistrado de la **Sección Cuarta** de ésta Corporación, quien, a través de proveído de 15 de agosto de 2019, declaró la falta de competencia y resolvió remitir el expediente a ésta sección³⁰, indicando: «[...] como el acto demandado absolvió una consulta sobre la vigencia de una norma de carácter aduanero, se concluye que el conocimiento de la demanda de nulidad simple corresponde a la Sección Primera de la corporación, conforme con los artículos 149 CPACA y 13 del Acuerdo nro. 58 de 1999 (reglamento interno del Consejo de Estado, compilado por el Acuerdo nro. 080 de 2019) [...]».*

*De conformidad con lo expuesto, **el Despacho analizará la naturaleza del acto acusado, con miras a determinar si es o no enjuiciable ante la jurisdicción contencioso administrativa.***

*Para tales efectos, es dable transcribir algunos apartes del texto contenido en el **Oficio No. 032331 de 6 de noviembre de 2018**, a través del cual **se absolvió la consulta realizada por el aquí demandante, la cual está relacionada con la determinación de si se configuró una derogatoria tácita de la Resolución 9859 de 2007, con ocasión de la modificación introducida al artículo 119 del Decreto 2692 de 2010 por el artículo 2º del Decreto 111 de 2010.** Dichos acápite son del siguiente tenor:*

«[...] La Resolución 23 de agosto de 2007, se encuentra vigente y la misma señala la oportunidad para declarar en su artículo 1, precisa (sic):

³⁰ Folio 43 y anv.

‘Oportunidad para declarar. Las mercancías que en desarrollo del inciso tercero del artículo 119 del Decreto 2685 de 1999, estén obligadas a presentar declaración de importación en forma anticipada a la llegada de la mercancía, deberán hacerlo con una antelación no superior a quince (15) días calendario y no inferior a cinco (5) días calendario.

Para las demás mercancías, la declaración de importación deberá presentarse dentro del término previsto en el artículo 115 del Decreto 2685 de 1999, o en forma anticipada a la llegada de la mercancía, con una antelación no superior a quince (15) días calendario. (...)

En cuanto a la reglamentación del (sic) 119 del Decreto 2685 de 1999 dispuesta mediante resolución 9859 del 2007 (sic), es de precisar que ésta se produjo en virtud del inciso tercero y no del párrafo del citado artículo; artículo (sic) que se encuentra vigente como se señaló en el Oficio 10202208-1093 del 27 de agosto de 2018.

En consecuencia, la modificación introducida al párrafo 2 de artículo 119 con el Decreto 2692 de 2010, no afectó la reglamentación vigente prevista en el artículo 1 del (sic) la Resolución 9859 de 2007.

[...] Conforme lo señalado en el punto anterior, la oportunidad para declarar se encuentra vigente. y (sic) los términos para declarar en forma anticipada, son con una antelación no superior a quince (15) días calendario y no inferior a cinco (5) días calendario. [...]»³¹.

Como puede apreciarse, el acto censurado contiene la opinión de la entidad en cuanto a la consulta realizada por el demandante, motivo por el cual no se advierte que la resolución demandada esté creando o modificando una situación jurídica.

³¹ Folio 18 Cuaderno Principal.

Cabe resaltar que la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en providencia de 10 de junio de 2010³², al analizar en qué eventos los conceptos de la DIAN son actos enjuiciables ante esta jurisdicción, precisó lo siguiente:

«[...] Respecto a si un Concepto DIAN es materia de control jurisdiccional por parte del Consejo de Estado, es bien sabido que lo es cuando se trata de un acto administrativo que produce efectos jurídicos, como lo estipula el artículo 84 del C.C.A, **mientras que no se sujeta a la jurisdicción cuando solo manifieste una opinión que no afecte la esfera de tal naturaleza** [...]». (Destaca el Despacho)[...]"

Con base en lo expuesto, **el Despacho concluye que la legalidad del oficio acusado no es susceptible de ser controlada ante la jurisdicción contencioso administrativa, dado que el mismo no contiene una decisión de fondo de la DIAN frente a la creación, modificación o terminación de derechos del actor o de terceros,** por el contrario, la entidad se limitó a emitir una opinión no vinculante respecto de la aplicación y vigencia de una norma jurídica [...]"
(Subrayas y negrillas fuera del texto)

- **Concepto.** Auto de 5 de diciembre de 2019 (Nulidad y restablecimiento del derecho, expediente núm. 25-000-23-41-000-2019-00131-01, Actor: José Luis Fernando Cháves Ochoa y otros, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés):

“[...] La jurisprudencia de esta Corporación con miras a establecer **si un acto administrativo puede ser objeto de control judicial ha definido los atributos del mismo en los siguientes términos**³³:

“[...] Este planteamiento requiere de la Sala precisar lo concerniente a los atributos del acto administrativo, para

³² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Exp. No. 11-001-0324-000-2008-00005-00, Demandante: José Rubén Perdomo Cardozo, Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, C.P. Dr. Martha Teresa Briceño de Valencia.

³³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 9 de mayo de 2019, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón. Expediente radicación No. 05001-23-31-000-1995-00538-01.

establecer si es posible su control mediante el ejercicio de esta acción.

Y para ello, hay que recurrir a tres conceptos y elementos esenciales que se predicen del acto administrativo, en cuanto constituyen “piezas articuladoras, tendientes a la obtención de decisiones acordes con el ordenamiento jurídico”³⁴ relativos a: i) su existencia, ii) su validez y iii) su eficacia.

La **existencia** del acto administrativo coincide con su nacimiento a la vida jurídica, en otro entendido, se presenta cuando la voluntad de la administración está integrada de los elementos necesarios que permiten considerar que ha proferido una decisión con efectos jurídicos.

[...]

Ahora bien, en lo que respecta a los presupuestos de **validez del acto administrativo**, debe entenderse que la decisión de la administración nació a la vida jurídica, en razón a que por la **presunción de legalidad** se considera expedido en cumplimiento de las condiciones o elementos esenciales que lo identifican y que se refieren a: i) órgano competente, ii) objeto, causa, motivo y finalidad, y iii) procedimiento de expedición. Son estos elementos de formación los que están sometidos a control judicial.

[...]

Y finalmente, en relación con los **elementos de eficacia** del acto administrativo, éstos constituyen esas actuaciones indispensables que la administración debe adelantar para que el acto existente y válido provoque frente a los destinatarios, los efectos jurídicos que tiene dispuestos [...]”. (Negritas en la providencia, subrayas de la Sala)

³⁴ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. página 535 “ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO INDIVIDUAL”.

De lo anterior, es posible colegir que la existencia de un acto administrativo está ligada a la voluntad de la Administración materializada a través de una decisión que produce efectos jurídicos.

Así las cosas, **no le asiste la razón al apoderado judicial de la parte actora, cuando señala que la Secretaría Distrital de Planeación, a través de los conceptos demandados,** vulneró “[...] el derecho a la propiedad privada de mi poderdante [...]”, en tanto que, de la lectura de los mismos, no se advierte que el ente Distrital, hubiese proferido algún decisión o hubiere realizado alguna disposición o afectación al derecho de propiedad de los demandantes.

Adicionalmente, los conceptos demandados fueron expedidos con ocasión de una consulta elevada a dicha Secretaría por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, respecto de la situación jurídica del inmueble de propiedad de los demandantes, previamente a tomar la decisión de comprar o no el mismo. Tal decisión se surte dentro de la autonomía de dicha empresa para determinar los predios que requiere comprar para el desarrollo de su objeto social.

En este contexto, los actos acusados tampoco encuadran dentro de los actos definitivos de que trata el artículo 43 del CPACA, por cuanto dichos conceptos no decidieron directa ni indirectamente el fondo del asunto ni hicieron imposible continuar con la actuación.[...]” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

- **Informes de auditoría.** Auto de 5 de diciembre de 2019 (Nulidad y restablecimiento del derecho, expediente núm. 11001-03-24-000-2018-00389-00, Actor: Refinería de Cartagena S.A., C.P. Nubia Margoth Peña Garzón):

“[...] El presente asunto **se contrae a determinar si fue ajustada a derecho la decisión del Consejero Ponente de rechazar la demanda** instaurada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA,

argumentando que los actos demandados no son susceptibles de control judicial.

Para sustentar lo anterior, sostuvo que del contenido de los actos acusados, se puede colegir que a través del referido informe la CONTRALORÍA, diagnosticó y evaluó una gestión fiscal dentro de un período determinado **sin que ello constituyera una decisión de fondo que pusiera fin a una actuación administrativa, pues únicamente podría servir de fundamento para iniciar un proceso de responsabilidad fiscal.**

Frente al oficio núm. 2018EE0094202, **señaló que no contenía una decisión de fondo pues tan solo era la respuesta a una solicitud de revisión del informe final de auditoría, por ende tampoco constituía un acto que pudiera ser demandado ante esta jurisdicción, teniendo en cuenta que la decisión definitiva controvertible en estos casos es la que da por terminado el proceso de responsabilidad fiscal.**

[...]

En ese orden de ideas, la facultad de revisión de los informes de auditoría es netamente discrecional. **En relación con la naturaleza de los informes de auditoría y, en concreto, con su posibilidad de crear, modificar o suprimir situaciones jurídicas preexistentes, ha señalado el concepto 2007IE49958 de la Oficina Jurídica que:**

“EL INFORME DE AUDITORÍA es un procedimiento eminentemente técnico, a través el cual la Contraloría General de la República y las contralorías Territoriales ejercen sus atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias y como tal, no tiene la connotación de acto administrativo, como tampoco de un proceso jurídico propiamente dicho.

El informe de auditoría, en tanto conserve su naturaleza de ser un dictamen, una opinión sobre la gestión fiscal de una entidad, **no se erige en acto administrativo, por no producir efecto jurídico**

alguno, sino construir un informe, aun cuando sirve de base a posibles acciones penales, fiscales o disciplinarias, entre otras, así como a la apertura del proceso administrativo sancionatorio fiscal, no modifica, ni crea o extingue una situación jurídica para la entidad auditada, ni para sus miembros”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

[...]

Mediante el ejercicio de la auditoría se adelanta una misión de vigilancia y control posteriores de la gestión fiscal, actuación que en la naturaleza referida en los párrafos anteriores, es posible que conlleve la formulación (sic) hallazgos fiscales, disciplinarios o penales, cuya posibilidad de controversia no se agota en el ámbito exclusivo del proceso auditor, el cual por sí mismo no tiene la connotación de definir la situación jurídica de lo vigilado, sino que se extiende y con mayor vigor, ante los funcionarios y organismos competentes, distintos a los funcionarios que adelantan la auditoría, para que adelanten los correspondientes procedimientos judiciales o administrativos que correspondan según el hallazgo.

En el caso que nos ocupa, se han surtido todas las etapas de la Auditoría, sin que la previsión contemplada en el prevista (sic) en el Decreto Ley 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 51, numeral 12, pueda contemplarse como instancia adicional y obligatoria alguna, pues los hallazgos fueron comunicados oportunamente a la REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.S. – REFICAR, y de conformidad con la Guía se analizaron las respuestas emitidas, observando el debido proceso.

En consideración de lo anterior, este Despacho no considera pertinente hacer ejercicio de la facultad discrecional de realizar la revisión al informe de Auditoría, de que trata del Decreto Ley 267 del 22 de febrero de 2000.

Finalmente, le informo que si se llegara a tratar de un asunto que se encuentra en juicio de responsabilidad, no es posible realizar otro

pronunciamiento diferente a los que se surtan dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal que se adelanta [...]”. (Destacado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, la Sala advierte que la CONTRALORÍA realiza las auditorías financieras con fundamento en las facultades conferidas por el artículo 267 de la Constitución Política, con el fin de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los fondos o bienes de la Nación. Así mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 268 constitucional, tiene la atribución de revisar y fenecer las cuentas que deben rendir los responsables del erario. Esta auditoría financiera se realiza conforme lo establecen las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, en adelante ISSAI, las cuales han sido adaptadas por la CONTRALORÍA a través de la Guía de Auditoría Financiera.

Mediante la Resolución Reglamentaria Orgánica núm. 012 del 24 de marzo 2017, la CONTRALORÍA adoptó los principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías y la guía de auditoría financiera, como instrumentos de control posterior y selectivo dentro de los parámetros de las ISSAI. Con tal propósito la mencionada guía definió la auditoría financiera así:

“[...] Es el examen independiente, objetivo y confiable de la información financiera y presupuestal que permite determinar, en el caso de un sujeto de control y vigilancia fiscal, si sus estados financieros y su presupuesto reflejan razonablemente los resultados, los flujos de efectivo u otros elementos que se reconocen, se miden y se presentan en los mismos. Así mismo, el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera y, comprobar que en su elaboración y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes [...]”.

[...]

Teniendo en consideración las anteriores precisiones, la Sala concluye que el informe censurado no constituye una manifestación unilateral de la voluntad de la administración tendiente a producir efectos jurídicos, por cuanto este documento recoge un conjunto de conceptos y de opiniones técnicas sobre la gestión fiscal de la entidad auditada, que por lo tanto no tiene efectos frente a los administrados, pues es una información que proviene de una actuación de control fiscal puramente preventiva y correctiva, que por virtud de su objeto, no es demandable.

Ahora bien, el hecho de que de lo consignado en el informe de auditoría se deriven actuaciones de diversa índole, como la apertura de acciones penales, fiscales, administrativas o disciplinarias, entre otras, o como la que alude la recurrente respecto de audiencia de control político en la Cámara de Representantes y su repercusión mediática, de ninguna manera implica que dicho documento constituya un acto demandable, en razón a que en el mismo no se adopta ninguna decisión que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos concretos.

Además, para la Sala, conforme lo anunció el Consejero conductor, aun cuando las observaciones contenidas en el informe de auditoría puedan constituir hallazgos que den lugar a la apertura de posibles acciones fiscales, disciplinarias y penales, entre otras, **NO EXPRESA DE MANERA DEFINITIVA LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y NO TIENE LA VIRTUALIDAD DE AFECTAR LA ESFERA JURÍDICA DE ESA SOCIEDAD. [...]** (Mayúsculas, subrayas y negrillas fuera del texto)

- **Circular.** Auto de 30 de septiembre de 2019 (Nulidad, expediente núm. 11001-03-24-000-2018-00166-00, Actor: Javier Eduardo Castillo Sanabria, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón):

*“[...] De la lectura de la demanda se desprende que el actor pretende **se declare la nulidad del acto administrativo acusado** por cuanto estima que la sociedad **MARPIN S.A.S.** no debe formar parte de la lista de auxiliares de la justicia por incumplir con los requisitos*

establecidos en el Acuerdo PSAA 15-10448 de 28 de diciembre de 2015 ³⁵ , expedido por el **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**.

Respecto de las listas de auxiliares de la justicia, el Acuerdo PSSA 15-10448 de 28 de diciembre de 2015 establece lo siguiente:

“Artículo 20. OBJECIONES. En cualquier tiempo, quien conozca de circunstancias que impliquen que una persona inscrita como auxiliar de la justicia no cumple con los requisitos exigidos para tal efecto o sepa de hechos irregulares cometidos dentro del proceso de inscripción, podrá ponerlos en conocimiento de la respectiva Dirección Seccional de Administración Judicial o de las Coordinaciones de Florencia y Quibdó.

Recibida la objeción, la cual se tramitará como una petición, se dará aplicación al artículo 37 de la Ley 1437 de 2011 por lo que se comunicará al inscrito afectado.

Valorados los hechos y las pruebas allegadas y practicadas, se resolverá sobre la objeción mediante acto administrativo motivado. En el evento que las circunstancias descritas en la oposición resulten acreditadas se excluirá al inscrito de la lista de auxiliares de la justicia”.

Asimismo, la Sección Primera del Consejo de Estado, en jurisprudencia reiterada **ha considerado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando contengan una decisión de la autoridad pública capaz de producir efectos jurídicos**. En ese sentido, la Sala, mediante sentencia de 11 de abril de 2019³⁶, consideró:

³⁵ “Por el cual se reglamenta la actividad de los Auxiliares de la Justicia”.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 11 de abril de 2019. núm. único de radicación: 11001-03-24-000-2012-00211-00. Demandante: Manuel José Medina Mendoza. M.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

“Al respecto, es del caso traer a colación lo manifestado por la esta Sección en providencia de 18 de julio de 2012³⁷, en la que se sostuvo lo siguiente:

“[...] En virtud de lo anterior, la Sala considera pertinente precisar la noción de acto administrativo, el cual se define como la manifestación de la voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos, en la medida en que crea, extingue o modifica situaciones jurídicas, siendo en consecuencia susceptible, de ser sometido a estudio de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, se resalta, que la Administración también puede expedir actos que no ostentan el carácter de ser actos administrativos, verbigracia los que contienen simples orientaciones o instrucciones, como en el caso de algunas Circulares.

No obstante lo anterior, como ya lo expresó esta Corporación al referirse a las Circulares de servicio³⁸, puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, a través de una circular o de una carta de instrucción, se expidan decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, tales actos pueden ser demandados ante esta Jurisdicción.

En efecto, en sentencia de 9 de marzo de 2009 (Expediente núm. 2005-00285, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Planeta), la Sala, al respecto, precisó:

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 18 de julio de 2012, radicado núm. 11001-03-24-000-2007-00193-00, Consejera ponente María Elizabeth García González.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, entre otras, en providencias de 1o. de febrero de 2001 (Expediente núm. 6375, Actor: Humberto Velásquez Galarza, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero); y 9 de marzo de 2009 (Expediente núm. 2005-00285, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Planeta).

*“[...] 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, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda.** (Resalta la Sala)*

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)”. (Subrayas fuera del texto) [...]”.

Conforme a lo anterior, se tiene que la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado **que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública capaz de producir efectos jurídicos** y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado por lo que, a contrario sensu, **DE NO SER ASÍ, SI SE LIMITA A REPRODUCIR LO DECIDIDO POR OTRAS NORMAS O POR OTRAS INSTANCIAS CON EL FIN DE INSTRUIR A LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE EJERCER DETERMINADAS COMPETENCIAS, ENTONCES, LA CIRCULAR NO SERÁ UN ACTO SUSCEPTIBLE DE DEMANDA**".

Conforme con lo anterior, se observa que la circular núm. DESAJ-COAY 17-082 de 18 de abril de 2017, sobre **"auxiliares de la justicia - secuestres"**, **no crea, modifica o extingue efectos jurídicos, puesto que únicamente se limita a informar cuáles son los secuestres que forman parte de la lista de auxiliares de la justicia para el período comprendido del 1º de abril de 2017 al 31 de marzo de 2019.**

Asimismo, se advierte que la inconformidad del actor radica en la inclusión de la sociedad **MARPIN S.A.S** en la lista de auxiliares de la justicia, circunstancia por la que debe agotar el trámite administrativo de objeciones, establecido en el artículo 20 del Acuerdo PSSA 15-10448 de 28 de diciembre de 2015, el cual culminará con la expedición de actos administrativos los cuales si son susceptibles de control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Se concluye, pues, que en el caso concreto, **LA CIRCULAR NÚM. DESAJ-COAY 17-082 DE 18 DE ABRIL DE 2017 NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JUDICIAL, POR CUANTO NO PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS, EN TANTO QUE POSEE UN CARÁCTER MERAMENTE INFORMATIVO,** por lo que se impone rechazar la demanda de la referencia, a voces de lo dispuesto en el artículo 169, numeral 3, del CPACA [...] (Subrayas, mayúsculas y negrillas fuera del texto).

- **Circular.** Auto de 29 de marzo de 2019, dictado en la Audiencia inicial (Nulidad, expediente núm. 11001-03-24-000-2013-00327-00, Actor: Juan Evangelista Soler Reyes, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés):

*“[...] con miras al saneamiento del proceso, lo primero que resaltare es la Naturaleza jurídica de dos de los actos que fueron acusados por el actor: la **Circular 174 de 19 de diciembre de 2012**”; y de la **Resolución 766 de 7 de junio de 2013**, cuyos epígrafes describí de forma plena anteriormente.*

Al respecto, el Despacho recuerda al tenor de lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

Así, los actos administrativos, como decisiones unilaterales de la Administración, encaminadas a producir efectos jurídicos creadores, modificadores o extintores de situaciones jurídicas, constituyen una de las expresiones de dicha actividad.

*Cabe resaltar **QUE ÚNICAMENTE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN, PRODUCTO DE LA CONCLUSIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO O LOS ACTOS QUE HACEN IMPOSIBLE LA CONTINUACIÓN DE ESA ACTUACIÓN O QUE DECIDAN DE FONDO EL ASUNTO, SON SUSCEPTIBLES DE CONTROL DE LEGALIDAD POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, lo que, dicho de otra manera, significa que los conceptos jurídicos, los actos preparatorios, de trámite y de ejecución que, como tales, se limitan a preparar, impulsar la actuación administrativa, o dar cumplimiento a la decisión no son enjuiciables.*

En coherencia con lo anterior, el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, dispone que “[...] se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos [...] **Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial**”.

En el caso de autos se demanda la **Circular 174 de 19 de diciembre de 2012**, por medio de la cual se dan unas instrucciones a los Delegados del Registrador del Estado Civil y a los Registradores Distritales, Especiales y Municipales del Estado Civil respecto del “trámite de la revocatoria del mandato contenido en las Leyes 131 y 134 de 1994 y 741 de 2002”.

En este sentido y de la lectura de la misma, **EL DESPACHO ENCUENTRA QUE EN ELLA LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL SE LIMITÓ A COMPILAR LA NORMATIVA EN DICHA MATERIA, ESTO ES, EN LO RELACIONADO CON LA VERIFICACIÓN DE FIRMAS Y CERTIFICACIÓN DE LAS MISMAS, RECURSOS Y CONVOCATORIA, POR LO QUE DE NINGUNA MANERA ADOPTÓ UNA DECISIÓN DE NATURALEZA GENERAL NI PARTICULAR, CON EFECTO JURÍDICO DIRECTO.**

En cuanto a la **Resolución 766 de 7 de junio de 2013**, “por la cual se certifica el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para convocar a votaciones con fines de revocatoria de mandato en Bogotá D.C.”, se tiene que la misma es un acto de trámite, no enjuiciable ante el contencioso administrativo.

En efecto, el Despacho recuerda que el procedimiento de revocatoria del mandato, al igual que en la generalidad de procedimientos administrativos, se integra de actos preparatorios o de trámite, como son precisamente la certificación y aprobación de las firmas para convocar al proceso de revocatoria y es, finalmente, la votación, en el porcentaje previsto por el legislador, donde se adopta la decisión de revocar o no el mandato del alcalde o gobernador.

Así, pues, son los ciudadanos quienes deciden si finaliza o no el mandato, si se dan los presupuestos establecidos en la ley relacionados con los porcentajes de participación y aprobación del mecanismo se considera una elección negativa, por lo que el acto definitivo es el que exterioriza dicha decisión negativa, tal y como está Corporación lo ha señalado en reiteradas oportunidades.

*En conclusión, los referidos actos en el presente proceso no resultan ser susceptibles de control jurisdiccional al tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 169, razón por la cual el Despacho **dispone RECHAZAR la demanda presentada** respecto de la **Circular 174 de 19 de diciembre de 2012**"; y de la **Resolución 766 de 7 de junio de 2013**, expedidos por la **Registraduría Nacional del Estado Civil**. La anterior decisión se notifica en estrados y procede el recurso de súplica, de conformidad con el artículo 246 del CPACA. [...]"*
(Subrayas, mayúsculas y negrillas fuera del texto).

Todo lo anterior porque el juez al examinar los asuntos que le han sido confiados, tiene la potestad para "decir el derecho"³⁹, de donde viene su función de determinar, ante los casos difíciles, si un asunto es susceptible de control.

Este razonamiento, por cuanto en la estructura del Estado moderno el juez se enfrenta a un evidente auge normativo en función de la regulación de las actividades del administrado en las que converge su interacción con otros y con el Estado y de este en el desempeño y realización de su actividad administrativa, lo cual implica identificar cuándo un acto es objeto de control, por cuanto, evidentemente, todos no lo son.

³⁹ Esta postura se destaca en el fallo *Marbury V. Madison* de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos sobre el carácter normativo de la Constitución y el papel del juez en la que se lee: "[...] Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es **decir que es Ley**. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el Tribunal debe decidir acerca de la validez y la aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte deba decidirlo conforme a la Ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. **Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia**. Luego si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren [...]" Tomado del libro "Jurisprudencia Constitucional" PRECEDENTES JUDICIALES DE LA HUMANIDAD CASOS Y MATERIALES. Juan Antonio Barrero Berardinelli. Pág. 68.

En el siguiente estudio⁴⁰ se alude a esta circunstancia:

“La proliferación de textos

La inflación normativa se traduce en un aumento desproporcionado del volumen de normas de derecho y en consecuencia, de la pesadez de la presión jurídica, se trata de un fenómeno muy general, que afecta, bajo formas diversas y en distintos grados, a todos los países y todas las ramas del derecho: si la proliferación de los textos es especialmente espectacular en algunos ámbitos como el derecho fiscal o el derecho social, ella es general.

[...] Es preciso también tener en cuenta el auge de textos de valor jurídico inferior, [...] como las circulares [...] estas circulares son un medio [...] de sobre reglamentación sino que además contribuyen a minar la jerarquía de las normas – la circular se interpone entre el funcionario y la ley, y la aplicación concreta de la ley por los empleados públicos se encuentra a menudo condicionada por una circular (koubi, 2003)

La inflación se traduce también, y sobre todo, en la prolongación, la “inflación” de textos que se ocupan cada vez más del detalle y se caracteriza por una voluntad cada vez más afirmada de exhaustividad: [...]

Esta “intemperancia normativa” (Consejo de Estado francés, 2006) resulta de la conjugación de una oferta y una demanda del derecho cada vez más insistentes, que se nutren recíprocamente [...].”

Estas condiciones y los desafíos del juez lo llevan necesariamente a identificar que estén presentes los elementos de la decisión de la administración para determinar si es posible concurrir a su control, pues lo cierto es que no toda actuación de la función administrativa tiene el contenido para ser objeto de examen judicial.

⁴⁰ CHEVALLIER Jacques. El Estado posmoderno (2008). Traducción de Oswaldo Pérez. Universidad Externado de Colombia (2011). Páginas 189-190.

Ello, por cuanto ciertas actividades que cumple la administración, en desarrollo y organización de sus cometidos y funciones, no suponen el arraigo de los elementos de la decisión controlable, en tanto muchas veces tiene que ver con la operatividad de la función, esto es, la realización de una regulación previa, lo que no posibilita el examen de legalidad que sí se predica de una decisión con efectos jurídicos frente a los administrados.

En reciente decisión la Sección Segunda⁴¹, sobre el particular, también precisó:

*“[...] Visto lo anterior, esta Sala considera que **debe prevalecer la tesis restrictiva** frente al criterio ilimitado o al «[...] ensanchamiento del ámbito del control judicial» de las actuaciones de la administración que plantea la sección primera, **porque el inciso 3º del artículo 84 del CCA prevé que toda persona puede solicitar la nulidad de actos administrativos (no de actos de la administración), entre los cuales «[...] También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro», disposición que fue recogida textualmente por el artículo 137 del CPACA, que establece la nulidad como medio de control de los ACTOS ADMINISTRATIVOS** (no de actos de la administración) de carácter general, cuando dispone que «[...] también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación de registro».*

Una circular comporta de acto de carácter general y dentro de este universo encontramos las instrucciones, las directivas, los conceptos, etc., que se refieren a explicaciones agrupadas, organizadas y expuestas de diferentes maneras de acuerdo con los asuntos parcialmente considerados, para orientar, controlar, evaluar, interpretar y coordinar las actuaciones y funciones de la administración⁴², que, en principio, no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, pues de lo contrario, independientemente del nombre que adopten, serían actos administrativos.

⁴¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicación número: 11001-3-25-000-2011-00290-00(1087-11) Acción: Nulidad. Actor: Humberto Jairo Jaramillo Vallejo. Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina De Bonos Pensionales (OBP). C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁴² Ver artículo 41 de la ley 489 de 1998.

Estos actos **NO contienen normas jurídicas, SINO INSTRUCCIONES, REPRODUCCIONES, ORIENTACIONES O PARÁMETROS que se expiden por las autoridades administrativas para señalar con sencillez, de manera técnica o práctica, la debida aplicación de las disposiciones legales ya existentes que aseguren el buen funcionamiento de la administración.** Lo anterior obliga a concluir que son actos materiales que pueden tener o no alcance jurídico.

Así las cosas, la Sala entiende que **cuando la ley se refiere a circulares de servicio NO alude a toda circular administrativa,** cualquiera que sea su contenido como lo plantea la sección primera, bajo el argumento de que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, frente al artículo 83 del CCA, se refirió a que la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce control sobre actos sujetos al derecho administrativo y eliminó la frase «acto administrativo» que traía la norma precedente, toda vez que para efectos del control judicial que tienen como máximo objetivo la preservación del orden jurídico, la antigua acción de nulidad (artículo 84 del CCA), hoy medio de control (artículo 137 del CPACA), clara y expresamente aluden al unísono a **ACTOS ADMINISTRATIVOS**, luego no se «[...] alarga el radio de cobertura del control a cargo de la justicia administrativa más allá de las simples manifestaciones unilaterales de la Administración capaces de producir efectos jurídicos directos», como reza la sentencia en cita, pues el legislador mantuvo el rango del control judicial sobre los actos administrativos y no los actos de la administración.

Concluye la Sala que no se trata simplemente de conocer sobre la legalidad de toda clase de actos o manifestaciones de la administración con independencia de su objeto, **pues corresponde a cada juez examinar el verdadero alcance del acto de la administración censurado, para establecer su efecto útil y verificar si su contenido produce efectos jurídicos y vinculantes frente a los ciudadanos, de tal manera que sean verdaderos actos administrativos que crean situaciones jurídicas susceptibles de**

invalidarse por las causas generales (expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió), que están expresamente contenidas tanto en el artículo 84 del CCA, como en el artículo 137 del CPACA.

No se trata de que se configure la «[...] inmunidad de ciertas manifestaciones de la función administrativa frente al poder jurisdiccional», como lo rotula la sección primera en su providencia, **porque la efectividad del control jurisdiccional no se logra o se mide con garantizar que todos tengan control de legalidad, sino que este sea real y efectivo sobre las verdaderas manifestaciones de voluntad unilaterales, capaces de producir efectos jurídicos, porque no toda expresión de la administración es un acto administrativo**, pues algunos se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones susceptibles de control judicial, como de otrora se ha sostenido por esta Sala.

Lo anterior, marca una diferencia muy importante que el legislador quiso mantener, al no modificar el inciso que antes se leía en el artículo 84 del CCA, y que permanece en el artículo 137 del CPACA, que se refirió a la posibilidad de demandar en nulidad las circulares del servicio, puesto que de no ser así, estas hubieran quedado inmersas en el ámbito de los actos administrativos generales.

Reitera la Sala 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 disposiciones normativas, sin que contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio; razones suficientes para no acoger el cambio jurisprudencial que se propone y mantener la tesis restrictiva al respecto [...]”.

(Negritas y subrayas fuera del texto)

Del análisis de las providencias dictadas en sentido contrario al pronunciamiento del año 2014, denominado “*ensanchamiento del ámbito del control judicial*” y de lo aquí expuesto, la Sala rectifica dicha posición, que permitía ejercer control judicial respecto de todas las denominadas circulares, instrucciones u órdenes, para, en su lugar, señalar que serán pasibles de enjuiciamiento ante la jurisdicción las decisiones administrativas, independientemente de su denominación, solo aquellas que tengan la capacidad de producir efectos jurídicos vinculantes y, por lo mismo, controladas por las causales de nulidad previstas por el legislador.

IV.4 ANALISIS DE LA INSTRUCCIÓN SIN FECHA OBJETO DE DEMANDA

Sea lo primero advertir que este asunto mereció que mediante auto para mejor proveer⁴³ se solicitara a la autoridad demandada claridad sobre el mencionado instructivo, a fin de delimitar no solo el alcance de acto controlable sino su concreción frente a corresponder a una **instrucción** respecto de la Resolución 530 de 11 de febrero de 2010, pues de su contenido no se advierte de manera expresa que este haya sido el propósito por el cual lo emitió el Ministerio de la Salud y la Protección Social y tampoco se aprecia cuál funcionario lo expidió y a quiénes se dirige, en tanto se encuentra ausente de dicha información.

A pesar de tales omisiones, esta Sala encuentra que el documento en el apartado del literal B, refiere dar orientación al objeto de la Resolución 530 de 2010. Así se lee de la introducción del documento que presenta la metodología en relación con el “*Instructivo para el ajuste de obligaciones*” y de lo previsto en el mencionado literal, que a la letra señala:

B. “INSTRUCTIVO PARA EL AJUSTE DE LAS OBLIGACIONES

1. Ajuste de las obligaciones al factor de ajuste

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 073 de 2010 y la Resolución 530 de 2010, obligaciones o cuentas se liquidaran a las tarifas de acuerdo con el instructivo que adopte el Ministerio de la Protección Social

⁴³ Auto de 24 de enero de 2018 (fls. 227 - 228 del expediente)

Teniendo como punto de partida las cuentas auditadas, depuradas y conciliadas, y establecidas las deudas reportadas por las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado (EPS-S), es decir, una vez aplicada la metodología de depuración y conciliación por parte de las EPS-S, el ajuste de las obligaciones se podrá realizar de la siguiente manera [...]”.

Ahora bien, aclarado su objeto, para la Sala esta metodología no contiene la expedición de un documento del cual se prediquen los elementos de una decisión con efectos jurídicos hacia los administrados. A tal conclusión se arriba porque:

El debate judicial de las **instrucciones** depende, al igual que las circulares, que posean contenido decisorio propio de los actos administrativos y que tengan fuerza vinculante frente a los administrados.

En este caso, el documento acusado contiene una metodología de presentación de las “certificaciones” para el reclamo de recobros por parte de las EPSs, la que se adoptó con fundamento en varias normas que le sirven de sustento. Su remisión o cita a estas disposiciones no la convierte en una manifestación de contenido normativo, en razón a que su objeto mantiene el alcance de instructivo, esto es, el documento tiene implicaciones de ser un acto meramente orientador que adopta unos formatos de reclamación y su modo de diligenciarlos, hecho que en sí mismo impide su control judicial.

El propósito es que las entidades que han de diligenciar los formatos creados para el reclamo de los ajustes pretendidos, presenten la información necesaria en una forma idéntica, pues ello facilita el análisis a las entidades encargadas de evaluarlos.

Esta Sala destaca que para fijar esa metodología, el Ministerio tuvo como fuente las normas generales previamente establecidas que le sirven de sustento y que relacionó para explicar cómo diligenciar los formularios adoptados. Luego, el instructivo tenía como propósito gestionar de manera uniforme los reclamos que se presentaran para el pago de servicios NO POS en el régimen subsidiado, cubiertos con los recursos destinados a apoyar a las entidades territoriales en el pago de tales obligaciones.

Con esta claridad, lo que el reporte pretendía era que la información presentada y reportada, la que además dependía de cada EPS-S, estuviera de acuerdo con las disposiciones que fijan el reconocimiento de los procedimientos o servicios no cubiertos por el plan obligatorio de salud subsidiado. Su objetivo era diligenciar de manera uniforme, para hacer viable su revisión por las entidades que concurren al pago y por el Ministerio, en caso de que adelantara la auditoría autorizada.

De este modo, lo que propuso el documento cuestionado fue un método de diligenciamiento de 8 proformas que contienen los requisitos establecidos previamente para obtener tales reembolsos, cuya calificación no puede ser otra diferente a orientar la forma de presentar los valores de las obligaciones reclamadas y sus soportes.

En efecto, la explicación contenida en este instructivo es con el fin de asegurar que los documentos identificados contengan los parámetros que han fijado con anterioridad las normas en que se fundan, lo que se explica porque los factores considerados remiten como fuentes a las siguientes disposiciones que la metodología enuncia, así: i) Decreto 2423⁴⁴ de 31 de diciembre de 1996, ii) Acuerdo 209⁴⁵ de 1999 del ISS, iii) Acuerdo 228⁴⁶ de 2000 del ISS, iv) Acuerdo 256⁴⁷ de 2001 del ISS, v) Acuerdo 312 de 2004⁴⁸ del ISS y también a las normas en que se funda para su expedición, esto es, la Resolución 530 de 2010⁴⁹ que es la que habilita la distribución de estos recursos bajo el procedimiento que para el efecto fijó el artículo 4^o⁵⁰ *ibídem*.

⁴⁴ "Por el cual se determina la nomenclatura y clasificación de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios del Manual Tarifario y se dictan otras disposiciones"

⁴⁵ "POR EL CUAL SE APRUEBA EL "MANUAL DE TARIFAS", PARA LA COMPRA Y VENTA DE SERVICIOS DE SALUD"

⁴⁶ "por el cual se modifica y adiciona el Acuerdo número 209 de 1999"

⁴⁷ "Por el cual se aprueba el "Manual de Tarifas" de la Entidad Promotora de Salud del Seguro Social EPS-ISS"

⁴⁸ "Por el cual se aprueba el "Manual de Tarifas" de la Entidad Promotora de Salud del Seguro Social "EPS-ISS".

⁴⁹ "Por Medio de la cual se establecen los criterios para definir los cupos indicativos de los recursos de excedentes de la subcuenta ECAT del FOSYGA apropiados mediante la ley 1365 de 2009 destinados a apoyar a las entidades territoriales y los criterios para su asignación y distribución y los procedimientos para su distribución y giro."

⁵⁰ "[...] **Artículo 4. Procedimiento de distribución.** Para la distribución de los recursos sobre los cupos indicativos asignados, las direcciones departamentales y distritales de salud una vez aplicados los criterios establecidos para la distribución, deberán seguir el siguiente procedimiento:
4.1. Reportar al Ministerio de la Protección Social a más tardar el 26 de febrero de 2010, una relación de las posibles acreencias que se pretendan pagar con estos recursos a las instituciones prestadoras de servicios de salud y entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, que contenga como mínimo, el concepto, el valor, el período en que se prestaron los servicios y la identificación de dichas instituciones y entidades de acuerdo con los instructivos que expida el Ministerio de la Protección Social.

Ahora bien, en lo que corresponde al monto de las tarifas que contempla el instructivo, ha de señalarse que ellas se consideraron de acuerdo con lo previsto en la normativa general⁵¹ que las estableció⁵² y, por lo mismo, no puede ser objeto

4.2. Adelantar la auditoría con la consecuente depuración y conciliación a las cuentas o acreencias que se podrían pagar con los recursos de que trata la presente resolución, liquidándolas a tarifas mínimas, de acuerdo con la metodología que defina el Ministerio de la Protección Social.

4.3. Remitir al Ministerio de la Protección Social, a más tardar el 31 de mayo de 2010, la siguiente documentación:

i. Propuesta de distribución proporcional entre instituciones prestadoras y entidades promotoras de salud del régimen subsidiado de los recursos disponibles en el cupo indicativo, debidamente suscrita por el Gobernador o Alcalde Distrital, de acuerdo con el instructivo que defina el Ministerio de la Protección Social.

ii. Certificación expedida por el representante legal de cada institución prestadora de servicios de salud o entidad promotora de salud del régimen subsidiado incluidas en la propuesta de distribución, en la que conste que: la entidad se acoge voluntariamente a las condiciones y mecanismos previstos en la presente resolución, el nombre de la entidad territorial deudora, monto inicial de la deuda, monto de la deuda auditada y **monto de la deuda liquidada a tarifas mínimas. Se exceptúan de la liquidación a tarifas mínimas las deudas derivadas de contratos por capitación.**

iii. Certificación del revisor fiscal, cuando aplique, de cada institución prestadora de servicios de salud o entidad promotora de salud del régimen subsidiado incluidas en la propuesta de distribución, en la que conste el registro de la deuda en los estados financieros de la entidad.

iv. Certificación de la Contraloría General de la República acerca del cumplimiento por parte del departamento o distrito de las disposiciones contenidas en la Ley 617 de 2000.

Parágrafo 1. Si cubierta la totalidad de las deudas reportadas que cumplieron las condiciones establecidas en el artículo 3° de la presente resolución, con la correspondiente distribución, quedaren valores por distribuir en el cupo indicativo del departamento o distrito, éstos valores se distribuirán por parte de estas entidades entre instituciones prestadoras de servicios de salud y entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, para el pago de deudas por servicios de salud prestados entre el 1° de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2009, y que cumplan las condiciones definidas en la presente resolución. Esta distribución será reportada al Ministerio de la Protección Social a más tardar el 30 de junio de 2010.

Parágrafo 2. Si a 30 de junio de 2010, se presentaren saldos no distribuidos por los departamentos o distritos sobre los cupos indicativos definidos en la presente resolución, estos serán sometidos a una nueva asignación de cupos indicativos por parte del Ministerio de la Protección Social entre los departamentos y distritos que hayan distribuido el 100% de su cupo, para lo cual se aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 1 de la presente resolución. [...]"

⁵¹ Al respecto la Ley 715 "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros" prevé en el Artículo 66 lo siguiente: "**De la información para la asignación de recursos.** La información utilizada para la distribución de recursos en materia de población urbana y rural, deberá ser suministrada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, DANE.

La información sobre la población pobre afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, provendrá del Sistema Integral de Información en Salud, del Ministerio de Salud.

La información sobre la población identificada por el Sistema de Identificación de Beneficiarios de Programas Sociales que determine el Conpes, será consolidada y suministrada por el Departamento Nacional de Planeación.

La información sobre la extensión de departamentos, distritos y municipios será proporcionada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC.

La información para la aplicación de los criterios de equidad y eficiencia administrativa tenidos en cuenta para la distribución de los recursos del componente para acciones en salud pública, será suministrada por el Ministerio de Salud.

El factor de ajuste que pondera los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado será definido conjuntamente por el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Salud."

⁵² También el Decreto 2878 de 2007 (julio 31), expedido por el Ministerio de la Protección Social "Por el cual se reglamenta parcialmente el literal a) del numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1122 de 2007" que dispone: "ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para efectos del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones: [...] **Factor no POS-S:** Valor en porcentaje de **los servicios no incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado y corresponde a la diferencia del gasto en salud entre la unidad de pago por capitación promedio del régimen**

de examen por esta jurisdicción de manera indirecta mediante la acusación de dicho instructivo, cuando debió someterse a control el acto que así lo prevé.

Así las cosas, el documento bajo examen no evidencia manifestaciones concretas de voluntad administrativa capaces de producir efectos jurídicos que creen, modifiquen o extingan situaciones generales y/o particulares, que se aparten de la reglamentación que refieren como fundamento de su expedición.

Entonces, comoquiera que el instructivo consideró y aplicó las normas que invoca para formular una metodología para reportar y presentar la información requerida para el reclamo de deudas por recobro por las EPS-S, no se advierte que en su contenido tenga aspectos controlables por esta Jurisdicción.

Finalmente, su contenido descansa en explicar la forma de diligencia los siguiente formularios identificados así: i) **FORMATO 1A** CERTIFICACION REVISOR FISCAL O CONTADOR PÚBLICO TITULADO DE LA EPSS ACREEDORA; ii) **FORMATO 2A** CERTIFICACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA EPSS ACREEDORA; iii) **FORMATO 2Aa** CERTIFICACION DE DEUDAS POR RECOBRO DE SERVICIOS PRESTADO ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2006 Y EL 30 DE JUNIO DE 2009; iv) **FORMATO 2Ab** CERTIFICACION DE DEUDAS POR RECOBRO DE SERVICIOS PRESTADO ENTRE EL 1 DE JULIO DE 2009 Y EL 31 DE DICIEMBRE DE 2009; v) **FORMATO 3A** CERTIFICACION REVISOR FISCAL O CONTADOR PÚBLICO TITULADO DE LA EPSS ACREEDORA; vi) **FORMATO 3Aa** CERTIFICACION DE DEUDAS POR RECOBRO DE SERVICIOS PRESTADO ENTRE DE ENERO DE 2006 Y EL 30 DE JUNIO DE 2009; y vii) **FORMATO 3Ab** CERTIFICACION DE DEUDAS POR RECOBRO DE SERVICIOS PRESTADO ENTRE EL 1 DE JULIO DE 2009 Y EL 31 DE DICIEMBRE DE 2009.

En esa medida, la Sala determina que el contenido de este documento metodológico, es de diligenciamiento y presentación de reclamos y, por lo tanto, no contiene poder decisorio del cual se derive que es un acto pasible de debatirse a través de la acción de nulidad.

contributivo, descontado el gasto administrativo, y la unidad de pago por capitación del régimen subsidiado descontando el gasto administrativo. Este factor será definido anualmente por el Ministerio de la Protección Social y el Departamento Nacional de Planeación de conformidad con lo señalado en el inciso 6o del artículo 66 de la Ley 715 de 2001.

De esta manera, como lo anticipó la Sala y al haberse concluido que este documento no es susceptible de control judicial, procederá a declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo, justificado en el hecho de no existir una decisión con las características de un acto demandable.

Por último, conviene resaltar que si la pretensión del actor era cuestionar las normas en que se fundó la administración para la definición de dichos formatos, debió acusar directamente y mediante la acción de nulidad las disposiciones que considera contrarias y explicar los motivos de tal irregularidad, pues resulta improcedente que por este medio se analicen actos que no constituyeron el objeto de la demanda.

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

PRIMERO: INHIBIRSE de emitir pronunciamiento sobre la pretensión de nulidad de la demanda, según lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, archívese la actuación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 20 de febrero de 2020.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Presidenta

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ