

ESTADO DE EXCEPCION POR EMERGENCIA SOCIAL – Antecedentes fácticos

La resolución 000257 del 29 de enero de 2010 fue proferida por el Superintendente Nacional de Salud, al amparo de los decretos legislativos expedidos como desarrollo del estado de emergencia social declarado por el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, mediante decreto legislativo 4975 de 2009. Para efectos de declarar el estado de excepción, el Gobierno Nacional adujo que los artículos 48 y 49 de la Constitución Política consagran los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud, siendo la salud un derecho fundamental y autónomo que requiere, por parte del Estado, la garantía de goce efectivo para todos los habitantes del territorio nacional. Según se advierte en el decreto legislativo 4975 de 2009, el Estado no cuenta con los mecanismos para identificar adecuadamente las situaciones de abuso que se presentan en la demanda de los servicios de salud; no obstante, el Gobierno detectó que, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, algunos reguladores y agentes del sistema de seguridad social en salud incentivan la demanda y la oferta de servicios de salud fuera de los planes de beneficios, sin tener en cuenta los criterios de efectividad, sostenibilidad, costo, eficiencia, racionalidad en el uso de los servicios y recursos, como tampoco la capacidad socio-económica de los pacientes, con el consecuente aumento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los planes obligatorios de salud y el incremento ostensible de costos del sistema. Los motivos que adujo el Gobierno Nacional para expedir el decreto legislativo 4976 de 2009 fueron similares a los invocados para declarar el estado de emergencia social, particularmente en lo concerniente a que algunas entidades responsables de la prestación de servicios de salud de la población afiliada al régimen subsidiado han manifestado que existe el riesgo de interrumpir la prestación de dicho servicio, como consecuencia de las fallas y demoras que se han evidenciado durante los últimos meses en el flujo de los recursos, demostradas con la existencia de una cartera importante por cobrar y con la demora en el pago de los servicios adeudados, todo lo cual se ha generado, entre otras cosas, por el crecimiento desbordado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 000257 DE 2010 (29 de enero) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – (Anulada)

SUPERINTENDENCIA DE SALUD – No tenía facultad para fijar los requisitos que debían cumplir las firmas de auditoría privada cuando la norma no lo consagraba / AUDITORIA DE CUENTAS DE CUENTAS DEL SECTOR SALUD – Sólo se autorizó a los departamentos y municipios para que pudieran contratar directamente con universidades públicas para que las auditara

El artículo 6º del decreto legislativo 073 de 2010 sólo autorizó a las entidades territoriales para que, con posterioridad a la vigencia de la norma, celebraran convenios, para la realización de las actividades de auditoría de cuentas, exclusivamente con universidades públicas, pero no contempló la posibilidad de celebrarlos con firmas de auditoría privada, con la misma finalidad. La razón salta a la vista. La expedición del decreto legislativo 073 de 2010 tuvo como finalidad conjurar la situación que determinó la declaratoria del estado de emergencia social y, para tal efecto, debía dotar a las entidades territoriales de las herramientas necesarias para cumplir, de manera expedita, las medidas excepcionales adoptadas por el Gobierno Nacional para volver las cosas a la normalidad; por tal razón, autorizó a los departamentos y municipios para que pudieran contratar

directamente con universidades públicas, dentro del mes siguiente a la entrada en vigencia del decreto legislativo, el servicio de auditoría de cuentas del sector salud, generando así una excepción a la prohibición prevista, en tiempos de normalidad, por el literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la ley 1150 de 2007, vigente para la época, según el cual no era posible para las entidades públicas sometidas al régimen de contratación previsto por la ley 80 de 1993 y por la propia ley 1150 de 2007 celebrar contratos interadministrativos, bajo la modalidad de contratación directa, cuando el objeto de las obligaciones del contrato no guardara relación directa con el objeto jurídico de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en los reglamentos. Por esa razón, el Superintendente Nacional de Salud no podía hacer referencia en el artículo primero del acto administrativo objeto de control, a los requisitos que debían cumplir "...las firmas de auditoría que se contraten por parte de las entidades territoriales con posterioridad a la expedición del Decreto 073 de 2010...", pues sencillamente la posibilidad de contratar directamente firmas de auditoría privada no estaba prevista por la norma habilitante. Si bien el aparte final del inciso tercero del artículo 6º del decreto legislativo 073 de 2010 señala que "...las firmas de auditoría o las universidades públicas deberán contar con la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud...", tal situación no significa que las entidades territoriales tengan la posibilidad de contratar la auditoría de cuentas con entidades del sector privado, luego de la entrada en vigencia del decreto legislativo.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 000257 DE 2010 (29 de enero)
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – (Anulada)

FACULTAD DE REGULACION – Competencia / FACULTAD DE REGULACION – Habilitación legal / FACULTAD DE REGULACION – Definición / ENTIDADES Y ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA – Su grado de regulación es restringido / SUPERINTENDENCIAS – Pueden expedir actos administrativos de contenido general, impersonal y abstracto, dentro del marco de sus competencias / FIRMAS DE AUDITORIA PRIVADA – Sólo la ley puede establecer los requisitos para el desarrollo de esta actividad

La regulación, entendida como la acción de "determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona", es asumida por todas aquellas autoridades públicas que profieren normas de derecho, con la finalidad de producir determinados efectos jurídicos; así, el Congreso de la República lo hace a través de las leyes, y el Gobierno Nacional y las autoridades administrativas, a través de los reglamentos y los actos administrativos; sin embargo, el grado de regulación que corresponde a las entidades y organismos de la administración pública es restringido, en la medida en que la facultad de regulación está limitada por las disposiciones de superior jerarquía normativa y, además, debe estar prevista por la Constitución o por la ley, de manera tal que, sin la autorización de éstas, no puede ejercerse dicha facultad. La regulación admite diversos grados, en cuanto puede determinar situaciones generales, impersonales y abstractas o por el contrario, situaciones de connotación subjetiva, es decir, de carácter particular y concreto. Las autoridades administrativas, como las superintendencias, pueden proferir actos administrativos de contenido general, impersonal y abstracto, dentro del marco de sus competencias y con estricta sujeción a los límites señalados por las normas de superior jerarquía normativa. A ello se le denomina, técnicamente, habilitación legal; además, el contenido de tales actos debe estar orientado exclusivamente al desarrollo de la función administrativa, lo cual implica que las autoridades administrativas no pueden establecer, por la vía general, requisitos para el desarrollo de actividades económicas y menos aún para el ejercicio de funciones públicas, porque la regulación de tales aspectos no está prevista para

dinamizar la actividad administrativa. En efecto, las firmas privadas que se constituyen como personas jurídicas para prestar servicios de auditoría tienen una finalidad económica, es decir, surgen, desde el punto de vista jurídico, con el objeto de desarrollar una actividad económica específica y, en los términos contemplados por el artículo 333 de la Constitución Política, sólo por autorización del legislador se pueden exigir permisos y requisitos para la realización de ciertas actividades, lo que equivale a decir que, si la ley no ha previsto restricciones para que los particulares desarrollen alguna actividad económica, no pueden las autoridades administrativas hacerlo válidamente ni tampoco pueden fijar requisitos para otorgar las respectivas autorizaciones, como sucede en el caso sometido a consideración de la Sala. En ese sentido, la autoridad administrativa, con la expedición del acto objeto de control, excedió el marco de sus facultades al regular aspectos que son de competencia exclusiva del legislador.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 000257 DE 2010 (29 de enero)
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – (Anulada)

AUDITORIA DE CUENTAS DEL SECTOR SALUD – Quienes auditen ejercen función pública. La ley es la que fija los requisitos para ejercerla / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Sólo tiene facultad para autorizar a las personas que pueden ser contratadas

Por virtud del artículo 6º del decreto legislativo 073 de 2010, la función de auditar las cuentas a que se refiere la norma fue delegada en las entidades territoriales y era posible, temporalmente, la celebración de convenios con universidades públicas, para que realizaran tal actividad. Lo anterior significa que las firmas privadas y las universidades públicas que auditen las cuentas del sector salud ejercen función pública y, por lo mismo, los requisitos de carácter general para el ejercicio de la actividad no pueden ser fijados mediante acto administrativo, porque a términos de los artículos 150.23 y 123, en armonía con el artículo 210 de la Constitución, corresponde al Congreso de la República "...Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas...", a lo cual se añade que, para el caso de las firmas auditoras privadas, por tratarse de particulares que ejercen funciones públicas, es la ley la que determina el régimen aplicable a tales sujetos y la que regula su ejercicio, por vía general, de manera que sólo el legislador puede establecer las exigencias para que la Superintendencia Nacional de Salud otorgue las autorizaciones a las personas que pueden ser contratadas para la función de auditoría de cuentas y acreencias del sector salud.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 000257 DE 2010 (29 de enero)
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – (Anulada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil doce (2012).

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00220-00(CA)

Actor: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Naturaleza: Control inmediato de legalidad.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 20 de la ley 143 de 1994, procede la Sala a efectuar el control inmediato de legalidad de la resolución 000257 del 29 de enero de 2010, proferida por el Superintendente Nacional de Salud, al amparo de las atribuciones conferidas por el decreto reglamentario 1018 de 2007¹ y el decreto legislativo 073 de 2010².

ANTECEDENTES

Mediante oficio recibido en esta Corporación el 19 de febrero de 2010, la Secretaria General de la Superintendencia Nacional de Salud remitió copia auténtica de la resolución 000257 de 2010 (29 de enero), *“Por la cual se establecen los requisitos para obtener la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud para realizar auditorías”*, para efectos de que se realizara el pertinente control de legalidad, en los términos previstos por el artículo 20 de la ley 143 de 1994.

EL TEXTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO OBJETO DE CONTROL.-

“SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
000257
29 ENE 2010

“Por la cual se establecen los requisitos para obtener la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud para realizar auditorías.

EL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD,

en ejercicio de sus atribuciones legales, y en especial de las que le confiere el Decreto 1018 de 2007 y el Decreto 073 de 2010,

RESUELVE:

“Artículo 1º. **REQUISITOS PARA FIRMAS AUDITORAS.** Los requisitos que deben tener las firmas de auditoría que se contraten por parte de las Entidades Territoriales con posterioridad a la expedición del Decreto 073 de 2010, para obtener la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud son:

“1. Personas Jurídicas: Deben ser personas jurídicas debidamente constituidas cuyo objeto social comprenda el ejercicio de actividades de auditoría, para lo cual deben presentar certificado de existencia y representación legal.

“2. Experiencia Persona Jurídica: Las firmas de auditoría deberán disponer de experiencia nacional o internacional en la realización de

¹ Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.

² Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones – Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y se dictan otras disposiciones.

auditorías de cuentas médicas de por lo menos 2 años, principalmente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

“3. La Experiencia del Talento Humano que hará parte del equipo de trabajo debe ser como mínimo de 2 años en temas relacionados con Auditoría Médica, la cual puede ser en el ejercicio propio de la profesión o en actividades que tengan relación directa con temas de auditoría.

“4. Capacidad financiera: Las firmas de auditoría deberán tener un patrimonio mínimo de 5.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para lo cual deben presentar los Estados Financieros (Balance General y Estado de Resultados) con corte a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, certificados por el Representante Legal y dictaminados por el Revisor Fiscal si está obligado a ello.

“5. Capacidad técnica de infraestructura tecnológica: Las firmas de auditora (sic) deben contar con un sistema de Información que apoye el proceso auditor en sus etapas de planeación, ejecución y evaluación, para esto deberán contar con una infraestructura computacional y de comunicaciones (capacidad de almacenamiento, capacidad de procesamiento, redes, comunicaciones y seguridad de la información) que pueda soportar eficientemente el sistema de información de apoyo al proceso auditor de acuerdo con el volumen de cuentas a auditar. La firma solicitante debe remitir la documentación que certifique y evidencie el cumplimiento de las condiciones antes relacionadas.

Las firmas de auditoría deben acreditar la experiencia exigida en el presente artículo con las certificaciones de experiencia expedidas por las entidades.

“Artículo 2°. **REQUISITOS PARA UNIVERSIDADES PÚBLICAS.** Los siguientes (sic) requisitos que deben tener las Universidades Públicas para obtener la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud a que se refiere el artículo 6° del Decreto 073 de 2010.

“1. Experiencia individual del talento humano en auditoría médica: Es la experiencia profesional adquirida en el ejercicio propio de la profesión o disciplina en actividades que tengan relación directa con los temas de auditoría médica. El personal ofrecido para realizar la auditoría debe tener experiencia de por lo menos 2 años.

“2. Capacidad técnica de infraestructura tecnológica: Las firmas de auditora (sic) deben contar con un sistema de Información que apoye el proceso auditor en sus etapas de planeación, ejecución y evaluación. Deberá contar con una infraestructura computacional y de comunicaciones (capacidad de almacenamiento, capacidad de procesamiento, redes, comunicaciones y seguridad de la información) que pueda soportar eficientemente el sistema de información de apoyo al proceso auditor de acuerdo con el volumen de cuentas a auditar. La firma solicitante debe remitir la documentación que certifique y evidencie el cumplimiento de las condiciones antes relacionadas.

“Artículo 3°. La presente rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.
Dada en Bogotá, D. C., a 29 ENE 2010.

(Firmado)
Mario Mejía Cardona.
El Superintendente Nacional de Salud” (fls. 2 y 3).

Recibido el expediente por reparto, mediante auto del 22 de febrero de 2010 el despacho avocó el conocimiento del asunto, ordenó notificar personalmente la decisión al señor Superintendente Nacional de Salud y al señor Agente del Ministerio Público, ordenó fijar en lista el negocio por el término de 5 días para garantizar la intervención de la ciudadanía en el trámite, ordenó oficiar a la Superintendencia Nacional de Salud para que remitiera los antecedentes administrativos de la resolución objeto del control inmediato de legalidad y dispuso que, vencido el término de fijación en lista, se corriera traslado al señor Agente del Ministerio Público por el término de 10 días, para que, si así lo consideraba, emitiera su concepto (fls. 6 y 7).

Cumplido el trámite dispuesto por los artículos 37 y 38 del decreto 2067 de 1991, cuya aplicación se dispuso por vía de analogía, procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación a decidir sobre la legalidad del acto administrativo.

2- LOS ANTECEDENTES DEL ACTO ADMINISTRATIVO OBJETO DE CONTROL.-

2.1.- Mediante oficio del 2 de marzo de 2010, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud remitió a esta Corporación la circular única que contiene la justificación para la expedición de la resolución 000257 del 29 de enero de 2010, *“Por la cual se establecen los requisitos para obtener la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud para realizar auditorías”*.

Consigna la circular que el fundamento jurídico para la expedición de la resolución 00257 de 2010 se halla contenido en el artículo 6º del decreto 4976 de 2010 y que los requisitos consignados en el acto administrativo objeto del control de legalidad estuvieron orientados a garantizar que las empresas privadas que cumplieran esta función fueran idóneas, reconocidas a nivel nacional, con una capacidad financiera y técnica adecuada para soportar eficientemente el proceso auditor y que puedan responder, patrimonialmente y en el evento en que se requiera, por las actividades realizadas.

En relación con las universidades públicas, no era necesaria la exigencia de capacidad financiera, pues cuentan con la solvencia del Estado.

Consigna la circular que todos los requisitos guardan relación con el objeto que deben desarrollar, esto es, la auditoría de las cuentas de la salud (fls. 9 y 10).

2.2.- Por conducto de apoderado judicial, la Superintendencia Nacional de Salud intervino en el trámite, para defender la legalidad del acto administrativo objeto de control (fls. 21 a 28).

Para el efecto, señaló que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 225, 227, 228 y 232 de la ley 100 de 1993 y 3 y 4 del decreto reglamentario 1018 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud ejerce funciones de inspección, vigilancia y control respecto: 1) de quienes programen, gestionen, distribuyan, administren, transfieran o asignen los recursos públicos y demás arbitrios

rentísticos del sistema general de seguridad social en salud, 2) de las entidades administradoras de planes de beneficios de salud, 3) de las instituciones prestadoras de servicios de salud y 4) de los agentes que ejerzan cualquier función o actividad del sector salud o del sistema general de seguridad social en salud.

Señaló también que la ley 100 de 1993 otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud la facultad de delegar, en las entidades territoriales, las funciones de inspección, vigilancia y control, respecto de ciertos actores del sistema general de seguridad social en salud; para el efecto, las entidades territoriales pueden contratar con firmas de auditoría colombianas la realización de programas o labores especiales que permitan cumplir dichas funciones.

Con base en las normas señaladas, el Gobierno Nacional expidió el decreto legislativo 073 de 2010, en cuyo artículo 6º dispuso que las entidades territoriales deben adelantar la auditoría de las cuentas o acreencias que pagarán con los recursos excedentes de aportes patronales y con los saldos resultantes de la liquidación de los contratos del régimen subsidiado, precisando que las firmas auditoras y las universidades públicas que contraten las entidades territoriales para el desarrollo de tal función deberán contar, previamente, con la autorización de la Superintendencia Nacional de Salud.

Por lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud, actuando dentro del marco de sus competencias, profirió la resolución 000257 del 29 de enero de 2010 y, a través de dicho acto administrativo, fijó los requisitos que deben reunir las firmas de auditoría y las universidades públicas para que puedan contar con la autorización a que se refiere el decreto legislativo 073 de 2010.

En conclusión, consideró que el acto administrativo objeto de control cumple con los requisitos legales, de forma, técnicos y de motivación contemplados por el orden jurídico, por lo cual debe mantenerse su legalidad (fls. 21 a 28).

2.3.- Vencido el término de fijación en lista, ningún ciudadano concurrió al proceso para defender o cuestionar la legalidad del acto administrativo objeto de control.

3.- El Concepto del Ministerio Público.-

Por medio de oficio del 11 de febrero de 2011, el señor Procurador General de la Nación designó al Procurador Primero Delegado ante esta Corporación como agente especial del Ministerio Público en el proceso de la referencia (fl. 109), quien mediante escrito del 14 de febrero de 2010, emitió concepto de fondo en relación con la legalidad del acto administrativo objeto de control.

En primer lugar, sostuvo que la inexecutable declarada por la Corte Constitucional en relación con el decreto 073 de 2010 implica la pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución 000257 de 2010, en la medida en que aquél acto jurídico fue el que dio origen a ésta; sin embargo, en criterio del Ministerio Público, el análisis debe comprender el estudio de legalidad haciendo abstracción de la decisión de la Corte Constitucional, pues el acto objeto de control tuvo fundamento en otras normas jurídicas superiores, concretamente en las contenidas en el decreto 1018 de 2007, *“Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”*.

Afirmó que el artículo 6º del decreto 073 de 2010 facultó expresamente a las entidades territoriales para contratar auditorías, a efectos de realizar tareas de

inspección, vigilancia y control respecto de las entidades promotoras de salud; no obstante, en situación de normalidad, tal función concierne a la Superintendencia Nacional de Salud conforme a lo dispuesto por el artículo 8 numeral 14 del decreto 1018 de 2007, según el cual el Superintendente tendrá, entre otras, la facultad de *“...Contratar con universidades asociaciones de profesionales, firmas de auditoría y personas naturales o jurídicas, la realización de programas, labores especiales, evaluaciones externas y auditorías para dar cumplimiento a la función de inspección, vigilancia y control en los generadores de recursos...”*.

Por otra parte, tal como lo dispone el artículo 233 de la ley 100 de 1993, las entidades territoriales tienen competencia residual en materia de inspección y vigilancia, como entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pero tales atribuciones se encuentran sujetas a la regulación legal y reglamentaria, de manera que se requiere del acto de delegación para que dichas entidades puedan ejercer esas funciones y como el decreto 073 de 2010 desapareció del ordenamiento jurídico, como consecuencia de la declaración de inexecutable, no existe en la actualidad ningún acto de delegación que autorice a las entidades territoriales ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control en cuanto al sistema integral de salud.

En conclusión, el delegado del Ministerio Público solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo objeto de control (fls. 110 a 120).

CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

I.- Competencia.-

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para realizar el control de legalidad respecto de las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos, durante los estados de excepción decretados por el Gobierno Nacional.

La resolución 000257 del 29 de enero de 2010 constituye un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto proferido por el Superintendente Nacional de Salud, en ejercicio de la facultades conferidas por el decreto reglamentario 1018 de 2007, *“Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”* y en desarrollo de los decretos legislativos 4975 de 2010, *“Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”* y 073 de 2010, *“Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los Saldos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones – Aportes patronales que permitan financiar la atención de la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y se dictan otras disposiciones”*, razón por la cual es una medida susceptible de control inmediato por parte de esta Corporación, a términos de lo dispuesto por el artículo 20 de la ley 137 de 1994.

II.- Aspectos relevantes del control inmediato de legalidad que se ejerce sobre las medidas de carácter general adoptadas al amparo de los decretos legislativos en estados de excepción.-

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación se ha pronunciado sobre las características y el alcance que reviste este tipo de control,

debido a que el marco normativo se reduce a lo preceptuado por el artículo 20 de la ley estatutaria 137 de 1994³. A tal efecto, ha señalado:

- Se trata de un proceso judicial, que se tramita en ejercicio de la función jurisdiccional que tiene asignada la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

- Por tratarse de un proceso judicial, la decisión que se adopte sobre la legalidad de los actos o de las medidas reviste la connotación de sentencia.

- El control que se ejerce es automático e inmediato, lo cual supone, de una parte, que no requiere el ejercicio del derecho de acción para que el Consejo de Estado se pronuncie sobre la legalidad de las medidas de carácter general adoptadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción y, de otra parte, que tan pronto se profiera el acto administrativo de carácter general debe ser remitido al Consejo de Estado, para que la Corporación realice el control de legalidad.

- Adicionalmente, debe destacarse que son susceptibles de control inmediato de legalidad no solo los actos administrativos de carácter general dictados por el Gobierno, sino toda medida de tal carácter adoptada en ejercicio de función administrativa, como desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción.

- El control de legalidad no impide la ejecución de la norma, pues, hasta tanto se decida sobre su legalidad, permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos.

- No es requisito que el acto administrativo se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad; en tal sentido, la condición para que pueda controlarse es simplemente que se haya expedido y no que esté produciendo efectos⁴.

- La oficiosidad del control implica que el Juez construya los supuestos de derecho necesarios para realizar el análisis de legalidad, con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente, lo cual supone, en primer lugar, que el juez no se halla limitado a efectuar el examen en relación con las motivaciones esbozadas para expedir el acto administrativo o para adoptar la medida objeto de control, o con base en los fundamentos argüidos por los intervinientes en el trámite procesal y, en segundo orden, supone que el control debe ser integral, esto es, que se efectúe con observancia de todo el ordenamiento jurídico vigente y no sólo en relación con los decretos legislativos que sirven de fundamento al acto administrativo controlado.

- Finalmente, el control inmediato de legalidad es autónomo, es decir, no depende del control de constitucionalidad que, de manera automática, realiza la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos que declaran y desarrollan los estados de excepción; por consiguiente, la declaración de inexecutable de alguno de tales decretos no impide que pueda realizarse el control inmediato respecto de los actos administrativos⁵.

³ Radicación: 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA).

⁴ *Ibidem*.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, radiación: 11001-03-15-000-2010-00228-00(CA).

III.- Contexto en el cual fue expedido el acto administrativo objeto de control.-

Para efectos de proceder al análisis de legalidad del acto administrativo, resulta necesario ambientar el contexto dentro del cual fue expedido.

a).- El decreto legislativo 4975 de 2009.-

La resolución 000257 del 29 de enero de 2010 fue proferida por el Superintendente Nacional de Salud, al amparo de los decretos legislativos expedidos como desarrollo del estado de emergencia social declarado por el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, mediante decreto legislativo 4975 de 2009.

Para efectos de declarar el estado de excepción, el Gobierno Nacional adujo que los artículos 48 y 49 de la Constitución Política consagran los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud, siendo la salud un derecho fundamental y autónomo que requiere, por parte del Estado, la garantía de goce efectivo para todos los habitantes del territorio nacional.

Según se advierte en el decreto legislativo 4975 de 2009, el Estado no cuenta con los mecanismos para identificar adecuadamente las situaciones de abuso que se presentan en la demanda de los servicios de salud; no obstante, el Gobierno detectó que, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, algunos reguladores y agentes del sistema de seguridad social en salud incentivan la demanda y la oferta de servicios de salud fuera de los planes de beneficios, sin tener en cuenta los criterios de efectividad, sostenibilidad, costo, eficiencia, racionalidad en el uso de los servicios y recursos, como tampoco la capacidad socio-económica de los pacientes, con el consecuente aumento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los planes obligatorios de salud y el incremento ostensible de costos del sistema.

Para conjurar la situación y la extensión de los efectos adversos, el Gobierno Nacional consideró pertinente adoptar medidas extraordinarias, orientadas a *“...reasignar, redistribuir y racionalizar los recursos y fuentes de financiación del Sistema o del sector salud, fortalecer los mecanismos de control a la evasión y elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector y crear nuevas fuentes, con el fin de evitar su inminente desfinanciación y garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud...”* (Subraya fuera del texto).

El **decreto legislativo 4975 de 2009** fue objeto de control por la Corte Constitucional que, mediante sentencia C-252 de 2010, resolvió:

“Primero. Declarar **INEXEQUIBLE** el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, ‘Por el cual se declara el estado de emergencia social’.

“Segundo. Los efectos de la presente sentencia respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación se determinarán de acuerdo con el considerando 7.3”.

b). El decreto legislativo 4976 del 23 de diciembre de 2009.-

En desarrollo del decreto legislativo 4975 de 2009, *“Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”*, el Gobierno Nacional expidió el decreto legislativo 4976 de 2009, *“Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos que permitan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la población beneficiaria y se dictan otras disposiciones”*.

Los motivos que adujo el Gobierno Nacional para expedir el decreto legislativo 4976 de 2009 fueron similares a los invocados para declarar el estado de emergencia social, particularmente en lo concerniente a que algunas entidades responsables de la prestación de servicios de salud de la población afiliada al régimen subsidiado han manifestado que existe el riesgo de interrumpir la prestación de dicho servicio, como consecuencia de las fallas y demoras que se han evidenciado durante los últimos meses en el flujo de los recursos, demostradas con la existencia de una cartera importante por cobrar y con la demora en el pago de los servicios adeudados, todo lo cual se ha generado, entre otras cosas, por el crecimiento desbordado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado.

Como consecuencia de la situación aludida, el Gobierno decidió adoptar medidas con fuerza de ley para intervenir de manera inmediata los recursos provenientes de los saldos de liquidación de contratos y rentas cedidas en poder de los diferentes actores del sistema, liberando y recuperando recursos que permitan generar liquidez y pagar las deudas de manera urgente y prioritaria, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la población afiliada al régimen subsidiado.

El Gobierno Nacional, según se afirma en el decreto legislativo 4976 de 2009, detectó que existen recursos provenientes de la liquidación de contratos del régimen subsidiado, los cuales no han podido ser utilizados por el sistema pese a la previsión contenida en el artículo 17 de la ley 1122 de 2007⁶; por tal razón, definió un término para que los gobernadores y alcaldes liquidaran de mutuo acuerdo con las EPS'S los contratos firmados para su operación. El decreto legislativo 4976 de 2009 redujo el término de 6 meses, previsto por el artículo 17 de la ley 1122 de 2007 para la liquidación de mutuo acuerdo de los contratos del régimen subsidiado y ordenó liquidar los contratos suscritos con anterioridad al 1º de abril de 2008, con base en los soportes que validan las novedades presentadas durante la ejecución del contrato, en el término de 2 meses contados a partir de la vigencia del decreto legislativo 4976 de 2009.

A través del decreto legislativo acabado de citar se dispuso que en la liquidación se restarán, si hubiere lugar a ello, los recursos que por otras fuentes nacionales hayan recibido las IPS a nombre de las “EPS'S”, incluidos los recursos previstos por el artículo 45 de la ley 1151 de 2007⁷ y se advirtió que en caso de existir

⁶ ARTÍCULO 17. LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Los gobernadores y/o alcaldes tendrán un plazo de seis (6) meses a partir de la vigencia de la presente ley, para liquidar de mutuo acuerdo, en compañía de las EPS del Régimen Subsidiado, los contratos que hayan firmado las Entidades territoriales como consecuencia de la operación del Régimen Subsidiado, y que tengan pendiente liquidar en cada Entidad Territorial.

⁷ ARTÍCULO 45. SANEAMIENTO POR CARTERA. Los municipios y departamentos que hayan realizado ahorros en el Fondo Nacional de Ahorro y Estabilización Petrolera, FEP, de que trata la ley 209 de 1995, podrán disponer, por una sola vez, de los saldos ahorrados a la fecha de expedición de la presente ley, con el fin de destinarlos exclusivamente:

a) Al pago de las deudas contraídas antes del 31 de diciembre de 2005, originadas en las deudas de las entidades territoriales con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, por concepto de la atención de la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, debidamente registradas

recursos a favor de las entidades territoriales, luego de realizar la liquidación de los contratos, los departamentos debían girarlos al patrimonio autónomo de que trata el artículo 3º del decreto legislativo 073 de 2010⁸.

Asimismo, dispuso los plazos para el pago de las sumas por los contratos liquidados, el término para ejercer las acciones judiciales por las inconformidades en la liquidación, la destinación de las rentas cedidas y ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control, poniendo en conocimiento de los entes de control competentes el incumplimiento de las obligaciones plasmadas en el decreto legislativo.

Mediante sentencia C-254 de 2010, la Corte Constitucional efectuó la revisión constitucional del decreto legislativo 4976 de 2009 y lo declaró inexecutable, en la medida en que el decreto legislativo 4975 de 2009, que sirvió de fundamento jurídico para la expedición del acto jurídico revisado, fue declarado inexecutable por la misma Corporación.

contablemente en los estados financieros de las IPS a diciembre de 2006; (literal modificado por el artículo de la ley 1365 de 2009).

b) Al pago de las deudas contraídas antes del 31 de diciembre de 2004 con las Administradoras del Régimen Subsidiado, ARS, (hoy EPS del régimen subsidiado) siempre y cuando tales obligaciones estén asociadas a deudas con las IPS a la misma fecha de corte y se encuentren debidamente registradas en los estados financieros de dichas entidades a 31 de diciembre de 2005. Las entidades encargadas de los giros de las fuentes de recursos aquí señaladas podrán realizarlos directamente a las IPS de acuerdo con el procedimiento que establezca el Gobierno Nacional.

Con la misma finalidad del literal a) del presente artículo el Gobierno Nacional podrá disponer, por una sola vez, de los saldos ahorrados a la fecha de expedición de la presente ley por el Fondo Nacional de Regalías en el Fondo de Ahorro de Estabilización Petrolera, FAEP, de que trata la ley 209 de 2005 (sic), para asignarlos a los municipios y departamentos que no tengan ahorro en el FAEP.

Los recursos de que trata el artículo 43 de la ley 1122 de 2007, distribuidos a las entidades territoriales de acuerdo con los criterios que fije el Gobierno Nacional, podrán destinarse a las mismas finalidades de que trata el literal a) del presente artículo.

En todo caso, los recursos de que trata el presente artículo serán asignados teniendo en cuenta los principios de subsidiariedad, priorización, verificación, soporte, conciliación y giro que establezca el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 1º. Los recursos de que trata el presente artículo, que deban ser incorporados en el Presupuesto General de la Nación, no podrán incrementar las metas del Marco de Gasto a Mediano Plazo definidas para los demás programas y proyectos requeridos para el logro de los objetivos de la presente ley.

PARÁGRAFO 2º. En todo caso, los recursos de que trata el presente artículo se utilizarán, una vez las entidades territoriales hayan adoptado los mecanismos de saneamiento de Cartera, en los términos y condiciones definidas por el CONPES.

⁸ Artículo 3º. Administración de los recursos. Los recursos de que trata el presente Decreto, serán administrados a través de un patrimonio autónomo que el Ministerio de la Protección Social constituirá con la modalidad de contratación directa, con una sociedad fiduciaria pública. El objeto de dicho patrimonio autónomo será el recaudo de los recursos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones - Aportes Patronales, que las administradoras o aseguradoras a las que se refiere el artículo 1º del presente Decreto giren al mismo; la administración de tales recursos; la recolección, organización y consolidación de información; la obtención y verificación de los diferentes datos, soportes y elementos asociados a los giros de recursos; el giro de los valores que señale el Ministerio de la Protección Social a los prestadores de los servicios de salud, o entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, que indiquen las entidades territoriales y la presentación de los reportes e informes requeridos. En el patrimonio autónomo habrá una cuenta global transitoria y una por cada uno de los departamentos y distritos, desde las cuales se procederá al pago de las obligaciones previstas en el artículo 1º del presente Decreto y por lo tanto los valores registrados en dichas cuentas pertenecen a cada una de las correspondientes entidades territoriales, sin que en ningún caso la Nación sea responsable por esas obligaciones.

La transferencia de recursos que deberán efectuar los municipios, departamentos y distritos, según lo previsto en el inciso 4º del artículo 10 del Decreto 4976 de 2009 (sic) [El decreto sólo tiene 9 artículos], se realizará directamente por dichas entidades territoriales al patrimonio autónomo de que trata el presente Decreto.

La comisión de administración de los recursos por parte del patrimonio autónomo se pagará con cargo a estos y a sus rendimientos financieros". El Decreto Legislativo 073 de 2010 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-399 de 2010.

c). El decreto legislativo 073 del 18 de enero de 2010.-

Antes de que fueran declarados inexequibles por la Corte Constitucional los decretos legislativos 4975 y 4976 en cita, el Gobierno Nacional expidió el decreto legislativo 073, *“Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar los saldos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones –Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, y se dictan otras disposiciones”*.

A través del decreto legislativo 073 de 2010 se estableció la depuración de los aportes patronales, para lo cual se impuso la obligación - a cargo de las entidades promotoras de salud y de las entidades obligadas a compensar o del fondo de solidaridad y garantía –FOSYGA-, según corresponda, de las administradoras de riesgos profesionales, de las entidades administradoras de pensiones (tanto en el régimen de prima media con prestación definida como de las de ahorro individual con solidaridad) y de las administradoras de cesantías, incluido el Fondo Nacional del Ahorro, que hubieren recibido o tengan en su poder recursos por concepto de aportes patronales del situado fiscal y del sistema general de participaciones para la salud- de determinar e informar al empleador, a la Superintendencia Financiera de Colombia, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social, el valor de los saldos excedentes por aportes patronales⁹ acumulados a 30 de junio de 2009, junto con los rendimientos financieros, debiendo ser girados dichos saldos al patrimonio autónomo constituido para el efecto por el Ministerio de la Protección Social en nombre de las entidades territoriales.

Por otra parte, el mismo decreto 073 impuso la obligación de enviar la información sobre los giros efectuados, el valor de los excedentes y sus rendimientos financieros a las entidades empleadoras, al Ministerio de la Protección Social, a las entidades territoriales correspondientes y a las Superintendencias Nacional de Salud y Financiera de Colombia.

Para efectos de la presentación, liquidación de cuentas y pago de obligaciones, el decreto legislativo 073 de 2010 dispuso:

“Artículo 6°.- Procedimiento de Presentación y Liquidación de Cuentas y Pago de las Obligaciones. Para efectos de los pagos realizados con los recursos excedentes de aportes patronales y con los recursos a que se refiere el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, las entidades territoriales reportarán al Ministerio de la Protección Social a más tardar el 26 de febrero de 2010, una relación de las acreencias que se pretendan pagar con estos recursos a las instituciones

⁹ El párrafo primero del artículo 1° del Decreto Legislativo 073 de 2010 señaló que, para los efectos de la norma, se entienden por saldos excedentes de aportes patronales *“...aquellos montos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para Salud, asignados a las entidades territoriales y sus entes descentralizados para el pago de aportes patronales de los empleados del sector salud, riesgos profesionales y cesantías, que nunca fueron aplicados a empleado alguno, porque no existió tal empleado, porque éste se retiró de la entidad o de la administradora o aseguradora, porque el ingreso base de cotización del empleado era inferior al presupuestado y al considerado en la liquidación, porque se redujeron los costos laborales con disminución de los requerimientos de recursos para los aportes patronales, porque se desconoce la entidad por cuenta de la cual se recibieron los recursos, entre otros eventos similares, que generan exceso de recursos en poder de las aseguradoras o administradoras, sin obligaciones que correspondan a derechos o prestaciones laborales exigibles con cargo a estos recursos que deban atenderse a favor de servidores públicos del sector salud, sin que estos eventos afecten las condiciones de distribución de los saldos excedentes de aportes patronales, para lo cual se aplicará lo establecido en el artículo 5° del presente decreto....”*.

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 causaron y la identificación de dichas instituciones y entidades, de acuerdo con las instrucciones que expida el Ministerio de la Protección Social.

“Simultáneamente, las entidades territoriales adelantarán la auditoría a las cuentas o acreencias que se pagarán con los recursos excedentes de aportes patronales y con los recursos a que se refiere el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, y las liquidarán a las tarifas definidas de acuerdo con la metodología que adopte el Ministerio de la Protección Social.

“En el evento en que la entidad territorial no cuente con un convenio o acuerdo para la realización de la auditoría, lo celebrará a más tardar dentro del mes siguiente al inicio de la vigencia del presente decreto, con universidades públicas. El costo de esta auditoría podrá cofinanciarse con recursos de los rendimientos financieros generados con los excedentes de aportes patronales; en los casos en los cuales la entidad territorial ya contare con un convenio para la realización de la auditoría, podrá continuar, adicionar o prorrogar el mismo. Las firmas auditoras o las universidades públicas deberán contar con la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud.

“El patrimonio autónomo girará directamente los recursos a los acreedores de las entidades territoriales de que trata el presente decreto” (Subrayas fuera del texto).

Lo anterior significa que los pagos realizados con los recursos provenientes de los excedentes de aportes patronales y los provenientes de la liquidación de contratos del régimen subsidiado debían no sólo ser reportados, en una relación detallada con destino al Ministerio de la Protección Social, sino que, además, simultáneamente, las entidades territoriales debían realizar la auditoría de las cuentas o acreencias respectivas.

Según la preceptiva transcrita líneas atrás, las entidades territoriales que, a la fecha de entrada en vigencia del decreto legislativo 073 de 2010, no contaran con un “convenio o acuerdo” para la realización de las auditorías debían celebrarlo, dentro del mes siguiente, **“con universidades públicas”**. En caso de que contaran con un **“convenio”** para la realización de las auditorías, podían continuarlo, adicionarlo o prorrogarlo. En todo caso, **las firmas auditoras “o” las universidades públicas** debían contar con la **autorización** de la Superintendencia Nacional de Salud.

Pero, el decreto legislativo 073 de 2010 fue sometido al examen automático de constitucionalidad y la Corte Constitucional, mediante sentencia C-254 de 2010, lo declaró inexecutable, teniendo en cuenta que el decreto legislativo que le había dado origen, esto es, el decreto 4975 de 2009, *“Por el cual se declara la Emergencia Social”*, había sido declarado inexecutable, previamente.

Con fundamento en las normas antes aludidas, la Superintendencia Nacional de Salud profirió la resolución 000257 del 29 de enero de 2010, que estableció los requisitos para obtener la autorización respecto de las firmas privadas y universidades públicas, a efectos de realizar la auditoría de cuentas y acreencias, señaladas por el artículo 6º del decreto legislativo 073 de 2010.

IV.- Examen material de la resolución 000257 de 2010.-

El inciso segundo del artículo 6º del decreto legislativo 073 de 2010 es, precisamente, la fuente jurídica inmediata de la resolución 000257 de 2010, de manera que el acto administrativo objeto del control debió expedirse con estricta sujeción al marco establecido por la norma habilitante y, a juicio de la Sala, la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la resolución controlada, excedió el ámbito de las facultades administrativas previstas por la disposición jurídica dictada durante el estado de excepción y reguló materias que son del resorte exclusivo del legislativo.

1). En efecto, como se dijo anteriormente, el artículo 6º del decreto legislativo 073 de 2010 sólo autorizó a las entidades territoriales para que, con posterioridad a la vigencia de la norma, celebraran convenios, para la realización de las actividades de auditoría de cuentas, exclusivamente con universidades públicas, pero no contempló la posibilidad de celebrarlos con firmas de auditoría privada, con la misma finalidad.

La razón salta a la vista. La expedición del decreto legislativo 073 de 2010 tuvo como finalidad conjurar la situación que determinó la declaratoria del estado de emergencia social y, para tal efecto, debía dotar a las entidades territoriales de las herramientas necesarias para cumplir, de manera expedita, las medidas excepcionales adoptadas por el Gobierno Nacional para volver las cosas a la normalidad; por tal razón, autorizó a los departamentos y municipios para que pudieran contratar directamente con universidades públicas, dentro del mes siguiente a la entrada en vigencia del decreto legislativo, el servicio de auditoría de cuentas del sector salud, generando así una excepción a la prohibición prevista, en tiempos de normalidad, por el literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la ley 1150 de 2007, vigente para la época, según el cual no era posible para las entidades públicas sometidas al régimen de contratación previsto por la ley 80 de 1993 y por la propia ley 1150 de 2007 celebrar contratos interadministrativos, bajo la modalidad de contratación directa, cuando el objeto de las obligaciones del contrato no guardara relación directa con el objeto jurídico de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en los reglamentos.

Por esa razón, el Superintendente Nacional de Salud no podía hacer referencia en el artículo primero del acto administrativo objeto de control, a los requisitos que debían cumplir *“...las firmas de auditoría que se contraten por parte de las entidades territoriales con posterioridad a la expedición del Decreto 073 de 2010...”*, pues sencillamente la posibilidad de contratar directamente firmas de auditoría privada no estaba prevista por la norma habilitante.

Si bien el aparte final del inciso tercero del artículo 6º del decreto legislativo 073 de 2010 señala que *“...las firmas de auditoría o las universidades públicas deberán contar con la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud...”*, tal situación no significa que las entidades territoriales tengan la posibilidad de contratar la auditoría de cuentas con entidades del sector privado, luego de la entrada en vigencia del decreto legislativo.

Así, entiende la Sala que la autorización a que se refiere la norma comprende a las firmas de auditoría privadas contratadas, previo el proceso de selección pertinente, con anterioridad a la vigencia del decreto legislativo 073 de 2010, para auditar las cuentas del sector salud por parte de las entidades territoriales¹⁰.

¹⁰ Es de anotar que, para efectos de la administración y manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones y de todos los recursos del sector salud, las entidades territoriales deben constituir fondos de salud, cuyo manejo presupuestal y contable debe ser independiente al de las demás rentas de la entidad. El artículo 57 de la Ley 715 de 2001, dispone:

2.- A más de lo anterior, el acto se encuentra viciado porque la Superintendencia Nacional de Salud desbordó el marco fijado por la norma habilitante y excedió sus competencias administrativas al establecer requisitos de orden general, impersonal y abstracto, a efectos de otorgar las autorizaciones para realizar la auditoría de cuentas del sector salud.

La norma contenida en el artículo 6º del decreto legislativo 073 de 2010 facultó a la Superintendencia Nacional de Salud exclusivamente para otorgar autorizaciones a las firmas de auditoría privada y a las universidades públicas y no para fijar requisitos a los solicitantes. De hecho, el decreto legislativo no habría podido otorgar la competencia al organismo administrativo para establecer restricciones al ejercicio de la actividad, porque tal atribución es de estricta reserva legal.

La regulación, entendida como la acción de *“determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona”*, es asumida por todas aquellas autoridades públicas que profieren normas de derecho, con la finalidad de producir determinados efectos jurídicos; así, el Congreso de la República lo hace a través de las leyes, y el Gobierno Nacional y las autoridades administrativas, a través de los reglamentos y los actos administrativos; sin embargo, el grado de regulación que corresponde a las entidades y organismos de la administración pública es restringido, en la medida en que la facultad de regulación está limitada por las disposiciones de superior jerarquía normativa y, además, debe estar prevista por la Constitución o por la ley, de manera tal que, sin la autorización de éstas, no puede ejercerse dicha facultad.

La regulación admite diversos grados, en cuanto puede determinar situaciones generales, impersonales y abstractas o por el contrario, situaciones de connotación subjetiva, es decir, de carácter particular y concreto.

Las autoridades administrativas, como las superintendencias, pueden proferir actos administrativos de contenido general, impersonal y abstracto, dentro del marco de sus competencias y con estricta sujeción a los límites señalados por las normas de superior jerarquía normativa. A ello se le denomina, técnicamente,

“ARTÍCULO 57. *FONDOS DE SALUD*. Las entidades territoriales, para la administración y manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones y de todos los demás recursos destinados al sector salud, deberán organizar un fondo departamental, distrital o municipal de salud, según el caso, que se manejará como una cuenta especial de su presupuesto, separada de las demás rentas de la entidad territorial y con unidad de caja al interior del mismo, conservando un manejo contable y presupuestal independiente y exclusivo, que permita identificar con precisión el origen y destinación de los recursos de cada fuente. En ningún caso, los recursos destinados a la salud podrán hacer unidad de caja con las demás rentas de la entidad territorial. El manejo contable de los fondos de salud debe regirse por las disposiciones que en tal sentido expida la Contaduría General de la Nación.

“Los recursos del régimen subsidiado no podrán hacer unidad de caja con ningún otro recurso.

“A los fondos departamentales, distritales o municipales de salud deberán girarse todas las rentas nacionales cedidas o transferidas con destinación específica para salud, los recursos libremente asignados para la salud por el ente territorial, la totalidad de los recursos recaudados en el ente territorial respectivo que tengan esta destinación, los recursos provenientes de cofinanciación destinados a salud, y en general los destinados a salud, que deban ser ejecutados por la entidad territorial.

“PARÁGRAFO 1o. Para vigilar y controlar el recaudo y adecuada destinación de los ingresos del Fondo de Salud, la Contraloría General de la República deberá exigir la información necesaria a las entidades territoriales y demás entes, organismos y dependencias que generen, recauden o capten recursos destinados a la salud.

“El control y vigilancia de la generación, flujo y aplicación de los recursos destinados a la salud está a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, con voz pero sin voto. El Gobierno reglamentará la materia”.

habilitación legal¹¹; además, el contenido de tales actos debe estar orientado exclusivamente al desarrollo de la función administrativa, lo cual implica que las autoridades administrativas no pueden establecer, por la vía general, requisitos para el desarrollo de actividades económicas y menos aún para el ejercicio de funciones públicas, porque la regulación de tales aspectos no está prevista para dinamizar la actividad administrativa.

En efecto, las firmas privadas que se constituyen como personas jurídicas para prestar servicios de auditoría tienen una finalidad económica, es decir, surgen, desde el punto de vista jurídico, con el objeto de desarrollar una actividad económica específica y, en los términos contemplados por el artículo 333 de la Constitución Política¹², sólo por autorización del legislador se pueden exigir permisos y requisitos para la realización de ciertas actividades, lo que equivale a decir que, si la ley no ha previsto restricciones para que los particulares desarrollen alguna actividad económica, no pueden las autoridades administrativas hacerlo válidamente ni tampoco pueden fijar requisitos para otorgar las respectivas autorizaciones, como sucede en el caso sometido a consideración de la Sala.

En ese sentido, la autoridad administrativa, con la expedición del acto objeto de control, excedió el marco de sus facultades al regular aspectos que son de competencia exclusiva del legislador.

3.- Por otra parte, la función de auditar recursos públicos, como los del sector salud, no sólo representa una actividad que entraña riesgo social, sino que constituye, propiamente, el ejercicio de una función pública, particularmente, de una función administrativa que se concreta en la verificación de la calidad de la información económico - financiera contenida en las cuentas y acreencias que se deban pagar con los fondos de naturaleza estatal y, por lo mismo, el ejercicio de tal actividad -la de auditar cuentas del sector salud- está deferida, en principio, a la Superintendencia Nacional de Salud, autoridad pública que es el máximo órgano de inspección y control del sistema de salud, en virtud de lo dispuesto por el artículo 6º, numeral 15, del decreto reglamentario 1018 de 2007¹³; sin embargo, por tratarse de una materia que requiere conocimientos especializados, la entidad puede contratar con universidades públicas, firmas de auditoría o personas jurídicas privadas, el desempeño de tales funciones¹⁴.

Por virtud del artículo 6º del decreto legislativo 073 de 2010, la función de auditar las cuentas a que se refiere la norma fue delegada en las entidades territoriales y

¹¹ DROMI Roberto. Tratado de Derecho Administrativo. Pág. 448. Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

¹² Artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

¹³ Artículo 6º. Funciones. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá las siguientes funciones:

(...)

15. Ejercer inspección, vigilancia y control, sobre la ejecución de los recursos asignados a las acciones de salud pública, protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública, así como a los recursos del orden Municipal, Departamental y Nacional que de manera complementaria se asignen para tal fin.

¹⁴ Artículo 8º. Funciones del Despacho del Superintendente. El Despacho del Superintendente tendrá las siguientes funciones:

(...)

14. Contratar con universidades, asociaciones de profesionales, firmas de auditoría y personas naturales o jurídicas, la realización de programas, labores especiales, evaluaciones externas y auditorías para dar cumplimiento a la función de inspección, vigilancia y control en los generadores de recursos, administradores de recursos, entidades prestadoras del servicio en todos los niveles y en los sujetos sometidos a su vigilancia; así como el seguimiento de los planes de mejoramiento que se establezca a las entidades vigiladas.

era posible, temporalmente, la celebración de convenios con universidades públicas, para que realizaran tal actividad.

Lo anterior significa que las firmas privadas y las universidades públicas que auditen las cuentas del sector salud ejercen función pública y, por lo mismo, los requisitos de carácter general para el ejercicio de la actividad no pueden ser fijados mediante acto administrativo, porque a términos de los artículos 150.23¹⁵ y 123¹⁶, en armonía con el artículo 210¹⁷ de la Constitución, corresponde al Congreso de la República “...*Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas...*”, a lo cual se añade que, para el caso de las firmas auditoras privadas, por tratarse de particulares que ejercen funciones públicas, es la ley la que determina el régimen aplicable a tales sujetos y la que regula su ejercicio, por vía general, de manera que sólo el legislador puede establecer las exigencias para que la Superintendencia Nacional de Salud otorgue las autorizaciones a las personas que pueden ser contratadas para la función de auditoría de cuentas y acreencias del sector salud.

4.- Por último, la Superintendencia Nacional de Salud no puede establecer, por vía general, los requisitos y condiciones que deben cumplir los contratistas de las entidades territoriales, porque cualquier restricción o limitación de la capacidad para ser parte de la relación contractual con el Estado corresponde fijarla al legislador, dentro del marco de la libertad de configuración normativa, con observancia de los valores y principios emanados de la Constitución, como la imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad, transparencia, proporcionalidad y razonabilidad.

Las razones que anteceden son suficientes para concluir que el Superintendente Nacional de Salud, al expedir la resolución 000257 del 29 de enero de 2010, estableció requisitos que sólo pueden ser fijados por el legislador; por ende, actuó fuera del ámbito de sus competencias y excedió, además, el marco previsto por la norma habilitante; por consiguiente, el acto administrativo se declarará nulo.

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

F A L L A

DECLÁRASE nula la resolución 000257 del 29 de enero de 2010, proferida por el Superintendente Nacional de Salud “*Por la cual se establecen los requisitos para obtener la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud para realizar auditorías*”.

¹⁵ ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

¹⁶ Artículo 123.

(...)

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

¹⁷ Artículo 210.-

(...)

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Cópiese, publíquese y comuníquese al señor Superintendente Nacional de Salud,

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN
Presidente

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
ANDRADE RINCÓN

HERNÁN

GERARDO ARENAS MONSALVE
BÁRCENAS

HUGO FERNANDO BASTIDAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
BUITRAGO VALENCIA

SUSANA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
CORREA PALACIO

RUTH STELLA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
GONZÁLEZ

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

ENRIQUE GIL BOTERO
GIRALDO

WILLIAM GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ
RAMÍREZ DE PÁEZ

BERTHA **LUCÍA**

DANILO ROJAS BETANCOURTH
LASSO

MARÍA **CLAUDIA** **ROJAS**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
TORRES CUERVO

MAURICIO

**OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
RINCÓN**

ALFONSO VARGAS

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
QUINTERO**

LUIS RAFAEL VERGARA

**ALBERTO YÉPES BARREIRO
BARRERA**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO