

## **SEGURIDAD SOCIAL - Servicio público esencial y derecho irrenunciable / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Principios orientadores**

El artículo 48 de la Constitución Política define la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia. La misma disposición señala que la Seguridad Social es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes. Por tal razón, el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. Finalmente preceptúa que la Seguridad Social puede ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. Por su parte, el artículo 49 de la Constitución Política señala que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; disponer la manera como la responsabilidad por la prestación de los servicios de salud se distribuye entre la Nación, las entidades territoriales y los particulares; establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas; y ejercer vigilancia y control sobre las entidades privadas prestadoras de los servicios de salud.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 49

## **SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen legal / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Regímenes contributivo y subsidiado / REGIMEN CONTRIBUTIVO - Concepto y características. Cotizaciones / REGIMEN SUBSIDIADO - Concepto y características. Financiación**

La Ley 100 de 1993 regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece los fundamentos que lo rigen, determina lo relativo a su dirección, organización y funcionamiento, en sus aspectos sus normas administrativos, financieros y de control, así como las obligaciones que se derivan de su prestación. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías. a) El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. El Gobierno Nacional previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido y su distribución entre el Plan Obligatorio de Salud y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de

maternidad, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación. b) El régimen subsidiado por su parte, se aplica a los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando vinculación se hace mediante una cotización subsidiada, total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad (artículo 211 de la Ley 100 de 1993). Su propósito fundamental es financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. La forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Son beneficiarios del régimen subsidiado la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, es decir, sin capacidad de pago, teniendo especial importancia dentro de este grupo, las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidad indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago. (Artículos 212, 213 y 257 de la Ley 100 de 1993). El carácter del subsidio que podrá ser una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda. Las personas que cumplan con los criterios fijados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como posibles beneficiarios del régimen de subsidios se inscribirán ante la Dirección de Salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio. El régimen subsidiado se financia con los siguientes recursos: 15 puntos como mínimo de las transferencias de inversión social destinadas a salud; los recursos propios y aquellos provenientes de ECOSALUD que los departamentos y municipios destinen al régimen de subsidios en salud; los recursos del situado fiscal y de las rentas cedidas a los departamentos que se requieran para financiar al menos las inversiones de segundo y tercer nivel del Plan de Salud de los afiliados al régimen subsidiado; los recursos para subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía, y el 15% de los recursos adicionales que a partir de 1997 reciban los municipios, distritos y departamentos como participaciones y transferencias por concepto del impuesto de renta sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana.

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 204/ LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 211 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 212 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 213 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 257

**SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Regímenes contributivo y subsidiado / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Empresas administradoras de los recursos del régimen / REGIMEN CONTRIBUTIVO - Vinculación. Afiliados / EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD - Tienen como función recaudar cotizaciones obligatorias / REGIMEN SUBSIDIADO - Vinculación. Afiliados. Administración / ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO - Afiliación de beneficiarios**

Como quedó expuesto, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud diseñado por la Ley 100 de 1993 coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo y un régimen de subsidios, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías. Para tal efecto, la ley ha previsto la existencia de las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, y de Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS- de carácter público o

privado, como empresas administradoras de los recursos del Régimen, que prestan el servicio de salud según delegación que el Estado hace. Estas entidades, a su vez, tienen la facultad de prestar los servicios de salud directamente a sus afiliados, o de contratar la atención de sus usuarios con las diferentes Instituciones Prestadoras de Salud -IPS-. El Régimen Contributivo, de acuerdo con lo señalado en los artículos 202 a 210 de la ley 100 de 1993 y en el Decreto 1919 de 1994, es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador. En este orden de ideas, los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. La ley señala igualmente que corresponde a las Entidades Promotoras de Salud -EPS- recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados al Régimen Contributivo, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto, cada EPS descontará, por cada usuario, el valor de una Unidades de Pago por Capitación -U.P.C.- fijada para el Plan Obligatorio de Salud, y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad.(artículo 177 de la ley 100 de 1993 y decreto 2320 de 1995). Por otra parte, los artículos 211 a 217 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 2357 de 1995 y al Acuerdo No. 23 de 1995 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, consagran la existencia del Régimen Subsidiado de salud, entendido como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de los que trata la ley 100 de 1993. Los afiliados al Sistema mediante el Régimen Subsidiado serán entonces las personas sin capacidad económica, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, teniendo especial importancia dentro de este grupo, personas como las madres durante el embarazo, parto y post-parto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, entre otros. Las normas pertinentes establecen que el subsidio para estas personas podrá cubrir una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación, lo cual se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda. La administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Administradoras del Régimen Subsidiado, encargadas de la afiliación de los beneficiarios. Estos contratos se financiarán con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las ARS que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el POS[-S].

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 177 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 202/ LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 203 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 204 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 205 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 206 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 207 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 208 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 209 / DECRETO 1919 DE 1994 / DECRETO 2357 DE 1997 / ACUERDO 23 DE 1995 DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

**REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD - Administradoras del régimen subsidiado / ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO - Régimen**

**legal. REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD - Entidades que administran los recursos del régimen subsidiado de salud / ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO - Naturaleza. Condiciones económicas mínimas para administrar recursos / ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO - Requisitos para ser administradoras de los recursos del régimen subsidiado**

Las ARS fueron autorizadas en la Ley 100 de 1993 y creadas por el Decreto 2357 de 1995. Hoy en día están reguladas por el Decreto 1804 de 1999 cuyo artículo 1° indica que pueden administrar los recursos del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, en calidad de administradoras del régimen subsidiado (ARS), las Empresas Solidarias de Salud -ESS-, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud -EPS- de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en ese mismo decreto y que sean autorizadas previamente por la Superintendencia de Salud. El numeral 2° del artículo 3° del Decreto 1804 de 1999 se refiere concretamente a las condiciones económicas mínimas exigidas para que las ARS pueden entrar a administrar el régimen subsidiado. Según se explicó, las ARS son entidades de intermediación entre los recursos financieros, las instituciones que prestan los servicios (IPS), las autoridades públicas locales y los usuarios, y desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo. El artículo 1° del Decreto 1804 de 1999 a que pertenece la expresión acusada preceptúa que “Podrán administrar los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Empresas Solidarias de Salud, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud, EPS, de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente Decreto y sean autorizados previamente por la Superintendencia Nacional de Salud». En cuanto concierne específicamente a la administración del régimen subsidiado es del caso tener en cuenta que las ARS están sujetas a autorización para operar, previo cumplimiento de las condiciones y requisitos de operación y de permanencia que el mismo establece. A ese fin el Decreto fija las condiciones para el otorgamiento de la autorización, en materia de organización, capacidad técnico-administrativa, financiera, tecnológica y científica, y señala los requisitos que deberán acreditar las ARS, tales como (estados financieros debidamente certificados, demostración de la existencia del capital suscrito y pagado y patrimonio bruto).

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 / DECRETO 2357 DE 1995 / DECRETO 1804 DE 1999 – ARTICULO 1 / DECRETO 1804 DE 1999 – ARTICULO 3 NUMERAL 2

**EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD - Caprecom y Cajanal / CAPRECOM / CAJANAL - Autorización legal para operar como Empresas Promotoras de Salud. Sometimiento a mandatos de la Ley 100 de 1993 / LEY 100 DE 1993 - No fue derogada parcialmente por leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 / EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD - Autorización, inspección, control y vigilancia de la Supersalud / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Autorización, inspección, control y vigilancia a Empresas Promotoras de Salud**

El cargo que alega que los artículos 180, 181 y 230 de la Ley 100 de 1993 fueron derogados por las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998. (...) La sola lectura de las disposiciones transcritas pone de resalto que las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 condicionaron la operación de CAPRECOM y de CAJANAL como Empresas Prestadoras de Salud al cumplimiento de las condiciones, exigencias y requisitos de autorización por la Superintendencia Nacional de Salud, así como a su inspección, vigilancia y control, dados los inequívocos términos de la remisión que,

para esos efectos hicieron a la Ley 100 de 1993. Contra lo afirmado por el actor, tales Leyes son concluyentes en disponer que CAPRECOM y CAJANAL operarían como Empresas Promotoras de Salud en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios. La remisión o reenvío expreso que las referidas Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 hacen a la regulación normativa de la Ley 100 de 1993, desvirtúa el argumento del actor pues demuestra que su premisa subyacente no es cierta, habida cuenta de que la derogación que en su parecer operó, no ha tenido lugar.

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 180 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 181 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 230 / LEY 314 DE 1996 / LEY 490 DE 1998

**EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD PUBLICAS - Autorizadas para operar como Administradoras del Régimen Subsidiado / ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUDSIDIADO - Requisitos para que EPS públicas operen como ARS / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Competencias respecto de EPS de naturaleza pública cuando son administradoras del régimen subsidiado / POTESTAD REGLAMENTARIA - Inexistencia de extralimitación en su ejercicio**

Tampoco encuentra la Sala que este cargo [extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria] tenga asidero pues, advierte que es la propia Ley 100 de 1993 la que en su artículo 180 dispuso que las empresas de naturaleza pública deben obtener autorización de la Superintendencia Nacional de Salud para operar como Empresas Promotoras de Salud y cumplir los requisitos que dicha norma establece, para administrar los recursos del régimen subsidiado. En este aspecto la norma acusada se limita a reproducir el contenido normativo del artículo 180 de la Ley 100 de 1993. Se concluye en que el cargo es infundado. De otra parte, advierte la Sala que el argumento conforme al cual la expresión acusada «propicia la extralimitación de funciones en la Superintendencia Nacional de Salud, pudiendo generar y generando daños y perjuicios con respecto al logro de los fines del Estado y de las entidades como CAPRECOM que están obligadas a contribuir a la realización de los mismos» no pasa de ser una apreciación subjetiva del actor, además de que, como se ha expuesto en reiterada jurisprudencia, las distorsiones que eventualmente pudiese sufrir una norma en su aplicación práctica, no configuran un cargo de inconstitucionalidad o ilegalidad. Para contrarrestar esas eventuales anomalías el ordenamiento jurídico ha previsto otros mecanismos. Para concluir, la Sala pone de presente que de acogerse la tesis del actor, al Estado le estaría vedado ejercer las funciones de control, inspección y vigilancia respecto de las entidades públicas que operan como EPS. Esta posición debe descartarse pues, de avalarse, se llegaría al absurdo de desproteger a los afiliados a dichas EPS cuyo derecho a la seguridad social quedaría sometido al albur de las vicisitudes internas de dichas entidades, al no poder el Estado asegurar que tienen las condiciones institucionales, técnicas y financieras indispensables para que puedan operar como Empresas Promotoras de Salud y administrar los recursos del régimen subsidiado eficientemente. Mas grave aún: al quedar exentos los recursos públicos destinados a financiar el régimen subsidiado de salud, tampoco podría el Estado velar porque estas instituciones los destinen y utilicen con esa única destinación específica. Paradójicamente, ello sí acarrearía violación del artículo 48 de la Constitución Política, que en términos concluyentes preceptúa que «la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.» Y que «La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas. De conformidad con la ley.»

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 180

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO**

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00051-01**

**Actor: JORGE ENRIQUE CASTRO BERNAL**

**Demandado: MINISTERIO DE SALUD**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

Se decide en única instancia la acción de nulidad interpuesta por el ciudadano JORGE ENRIQUE CASTRO BERNAL contra la expresión «*pública*» contenida en el artículo 1º del Decreto 1804 de 1999 (14 de septiembre) <sup>1</sup>, expedido por el Ministerio de Salud. <sup>2</sup>

**I. LA DEMANDA**

**1.1. LA NORMA ACUSADA.**

Es la que figura en negrillas en la transcripción del artículo 1º del Decreto 1804 de 1999, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 43708 de 1999 (septiembre 17)

«DECRETO NÚMERO 1804 DE 1999

(septiembre 14)

Por la cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

---

<sup>1</sup> «Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se expiden otras disposiciones» Diario Oficial No. 43708 de 1999 (septiembre 17)

<sup>2</sup> Hoy Ministerio de la Protección Social.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y el parágrafo del artículo 215 <sup>3</sup> de la Ley 100 de 1993

**DECRETA:**

## **CAPÍTULO I** **Régimen Subsidiado**

**Artículo 1º. Entidades habilitadas para administrar recursos del régimen subsidiado.** Podrán administrar los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Empresas Solidarias de Salud, ESS, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud, EPS, de naturaleza **pública**, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente Decreto y sean autorizadas previamente por la Superintendencia Nacional de Salud.  
...»

### **1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

El actor sostiene que la expresión demandada viola la Constitución Política en sus artículos 29, 48 inciso cuarto, 84, 150 numerales 1º, 7º y 23; 113, 189, 333 inciso 1º, 334 y 365 inciso 2º; la Ley 314 de 1996 en sus artículos 1º a 3º, 9 y 16; la Ley 489 de 1998 en sus artículos 5º, 6º, 39 inciso 3º, 68 inciso 2º, 69 y 86; la Ley 153 de 1887 en sus artículos 2º, 3º y 14 y los artículos 71 y 72 del Código Civil.

1. La violación de los artículos 2º, 3º y 14 de Ley 153 de 1887, l 71 y 72 del Código Civil, 5º, 6º, 39 inciso 3º, 68 inciso 2º, 69 y 86 de la Ley 489 de 1998 se produce en razón a que *«la expresión “pública” no es válida porque se sustenta en normas derogadas tácita y orgánicamente como podrían ser, en lo pertinente, de la ley 100 de 1993, el inciso 1º del artículo 180, el inciso 1º del artículo 181, el inciso 2º del artículo 230; o en una norma inválida, insubsistente e inaplicable como es el inciso 1º del artículo 236 de la misma ley 100 que a la fecha en que se expidió el mencionado Decreto, no estaba vigente.»*

---

<sup>3</sup> «ARTICULO 215. Administración del Régimen Subsidiado. Las Direcciones Locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantías y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.

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

PARÁGRAFO. **El Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las**

Para sustentar este aserto, expone el siguiente razonamiento:

*«Al confrontar, en lo pertinente, los artículos 180, 181 y 230 de la Ley 100 de 1993 con los artículos 1º, 2º, 3º y 9º de la Ley 314 de 1996, se advierte que estas normas son contrarias.*

*- Porque antes de la Ley 314 de 1996, de acuerdo con aquellas disposiciones, la capacidad de CAPRECOM para operar como entidad prestadora de salud dependía de la autorización que debía dar la Superintendencia Nacional de Salud mediante acto motivado.*

*- Porque conforme a estos nuevos preceptos es de colegir que dicha capacidad se deriva directamente de la ley.*

*- Porque la Ley 314 de 1996 derogó la facultad que la Ley 100 de 1993 le había otorgado a la Superintendencia Nacional de Salud para autorizar como Entidades Prestadoras de Salud a las instituciones de naturaleza pública indicadas en el artículo 236 de la Ley 100 para el efecto»*

En síntesis: en su parecer las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998, que transformaron la naturaleza jurídica de CAPRECOM y CAJANAL en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, para que pudieran operar en el campo de la salud como Entidades Promotoras de Salud (en adelante EPS), derogaron tácticamente los artículos 180, 181 y 230 de la Ley 100 de 1993 que facultan a la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante SNS) para autorizar a entidades de naturaleza pública como Entidades Promotoras de Salud (EPS) y, para revocarles o suspenderles el permiso de funcionamiento.

Afirma que las ya citadas Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 otorgaron a CAPRECOM y CAJANAL habilitación directa para administrar los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud como Entidades Promotoras de Salud de naturaleza pública, y que no era dable al Presidente de la República subordinarla o condicionarla exigiéndoles en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1804 de 1999 *«que cumplan con los requisitos exigidos en el presente Decreto»* y que *«sean autorizadas previamente por la Superintendencia Nacional de Salud»*. De ello concluye que el Ejecutivo extralimitó la potestad reglamentaria al exigirles el cumplimiento de unos requisitos que no fueron establecidos por el Legislador.

Asevera que sin tener en cuenta los efectos de la Ley 314 de 1996 relativa a una entidad de naturaleza pública, la Superintendencia Nacional de Salud con

---

**Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios. »** (Énfasis fuera de texto)



extralimitación de funciones e invocando las facultades conferidas por la Ley 100 de 1993 en su artículo 230 numeral (sic) 2º y el Decreto 1259 de 1994, artículos 4º y 5º expidió la Resolución 302 de 4 de marzo de 1999, en cuyo artículo 1º dispuso:

**«Suspender el certificado de autorización de funcionamiento de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES --CAPRECOM como entidad promotora de salud, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta resolución. Como consecuencia de lo anterior no podrá realizar nuevas afiliaciones en ninguno de los dos regímenes.»** (Lo resaltado fuera de texto)

Sostiene que la referida Superintendencia Nacional de Salud volviendo a extralimitarse en sus funciones, con fundamento en los artículos 1º y 5º del Decreto 1904 de 1999 y 180 y 230 de la Ley 100 de 1993 expidió la Resolución No. 326 del 13 de marzo de 2003, cuyo artículo 1º resolvió:

**«Revocar el certificado de funcionamiento otorgado a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES --CAPRECOM otorgado mediante Resolución No. 0485 de 1995 para administrar y operar en el campo de los regímenes contributivo y subsidiado.»**

La violación de los artículos 29, 48 inciso cuarto, 84, 150 numerales 1º, 7º y 23; 113, 189, 333 inciso 1º 334 y 365 inciso 2º de la Constitución Política sería consecuencia de la exigencia que resulta al subordinar a entidades públicas como CAPRECOM y CAJANAL a los requisitos y a la autorización de funcionamiento de la Superintendencia Nacional de Salud para que puedan operar como Entidades Promotoras de Salud y administrar los recursos del régimen subsidiado.

De otra parte, argumenta que *«la connotación que el vocablo “pública” tiene en el artículo 1º del Decreto 1804 de 1999 proferido, según se expresa en éste, por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y el párrafo del artículo 215<sup>4</sup> de la Ley 100 de 1993 no solo excede la potestad reglamentaria de aquel sino que propicia la extralimitación de funciones en la Superintendencia Nacional de Salud, pudiendo generar y generando daños y perjuicios con respecto al logro de los fines del Estado y de las entidades como CAPRECOM que están obligadas a contribuir a la realización de los mismos.»*

---

Sostiene que con base en el Decreto (sic) acusado la Superintendencia Nacional de Salud podría expedir nuevos actos con desviación de poder que alterando indebidamente el ordenamiento jurídico del Sistema General de Seguridad Social en Salud ocasionaran inestabilidad administrativa y perjuicios de diversa índole no solo respecto del logro de sus objetivos a las entidades de naturaleza pública sino a los afiliados al sistema, violando el artículo 366 de la Carta.

De otra parte, sostiene que la expresión pública *«conlleva un alcance que excede no solo los lineamientos y el alcance del párrafo del artículo 215 de la ley 100 de 1993 que indica el Decreto 1804 de 1999 como fuente de la reglamentación, sino que introduce modificaciones o alteraciones que sobrepasan los parámetros establecidos en esa norma pues lo referente a la facultad de la Superintendencia para otorgar la señalada autorización estaba prevista en los artículos 180 y 181 de dicha Ley 100, y de otra parte, desvirtúa nueva manifestación de la voluntad del legislador, expresada en Leyes como la 314 de 1996 y 489 de 1998.»*

Afirma que el artículo 1º del Decreto 1804 de 1999 *«sobrepasa el párrafo del artículo 215 de la Ley 100 puesto que este en forma alguna autoriza al Gobierno para modificar las facultades vigentes de la Superintendencia Nacional de Salud ni para hacer depender de esta entidad la capacidad legal de las Entidades Promotoras de Salud de naturaleza pública.»*

Por las expresadas razones, concluye que *«se violó el artículo 29 CP por cuanto el Gobierno obró en contra del debido proceso que debe guiar las actuaciones administrativas, al asignarle una facultad por medio de Decreto a la Superintendencia Nacional de Salud y supeditar o condicionar el ejercicio de un derecho propio establecido por la ley a otras entidades estatales como el que tiene que cumplir CAPRECOM como Entidad Prestadora de Salud según la Ley 314 de 1996.»*

## **II. CONTESTACIÓN E IMPUGNACIÓN**

2.1. El Ministerio de la Protección Social, por conducto de apoderado, sostiene que no es cierto que las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 que reestructuraron CAPRECOM y CAJANAL, derogaran los artículos 180, 181 y 230 de la Ley 100 de 1993 que asignan a la SNS las funciones de autorizar, suspender y revocar el permiso de funcionamiento de las EPS.

Entre la Ley 100 de 1993 y las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 no existe incongruencia (sic) insubsistencia o prevalencia de la norma posterior, pues no se trata de normas especiales, de donde mal puede afirmarse que la SNS carezca de competencia para ejercer las funciones de vigilancia y control respecto de las EPS de naturaleza pública, pues no es cierto que las últimas derogaran la primera.

La Ley 100 de 1993 es una norma especial mediante la cual se estableció el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS). Por contraste, el fin de las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 fue transformar la naturaleza jurídica de CAPRECOM y CAJANAL de Establecimientos Públicos del orden nacional en Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

El cambio de la naturaleza jurídica de las referidas entidades no implicó que su operación como Entidades Promotoras de Salud (EPS) dejase de ser objeto de la inspección, vigilancia y control que a la SNS compete ejercer, respecto de toda entidad que administre recursos del régimen subsidiado de salud.

De otra parte, sostiene que la norma demandada se expidió dentro del ámbito de la potestad reglamentaria que el numeral 11 del artículo 189 Superior confiere al Presidente de la República, quien a través de la expedición de Decretos, entre otros actos administrativos, materializa el contenido fundamental como suprema autoridad administrativa, además de ser de su incumbencia ejercer vigilancia en la prestación de los servicios públicos de salud que tienen una connotación especial, dentro de la finalidad de un Estado Social de Derecho.

Concluye que el artículo 1º del Decreto 1804 de 1999 no hizo sino reglamentar en la órbita de sus competencias, los requisitos que deben cumplir las entidades que pretenden administrar los recursos del régimen subsidiado del SGSSS,

- 2.2. Dentro del término de fijación en lista intervino el ciudadano JUAN DIEGO BUITRAGO GALINDO para impugnar la demanda, por considerar que la norma acusada no viola ninguno de los preceptos constitucionales ni legales que el actor invoca, para lo cual expuso consideraciones coincidentes con las expuestas por el Ministerio de la Protección Social en defensa de la legalidad de la norma demandada.

### **III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación solicita desestimar las pretensiones de la demanda, por considerar que los cargos son infundados. A esos efectos, expone las consideraciones siguientes:

Del tenor literal de los artículos 2º de las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998, respectivamente, que modificaron la naturaleza jurídica de CAPRECOM y CAJANAL, se infiere que estas no derogaron las disposiciones de la Ley 100 de 1993 relativas a la intervención y autorización de la Superintendencia Nacional de Salud en las Empresas Promotoras de Salud, incluidas las de naturaleza pública, pues consta en ellos que operarían en el campo de la salud como Empresas Promotoras de Salud acorde con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios.

Es la misma Ley la que dispone que todas las Empresas Promotoras de Salud, sin excepción, empecen su naturaleza pública, obtengan autorización de la SNS para su funcionamiento y para administrar los recursos del régimen subsidiado del SGSSS.

La Ley 100 de 1993 regula en forma integral el SGSSS y de forma expresa, aún cuando la potestad reglamentaria es general y no requiere de autorización legal, faculta al Gobierno Nacional para su reglamentación con el objeto de asegurar su cumplida ejecución.

Replica que no asiste razón al actor al aseverar que mediante el Decreto (sic) acusado el Ejecutivo está asignando a la SNS funciones no previstas en la Ley, pues la Constitución Política, las Leyes 100 de 1993 y 489 de 1998 y el Decreto Ley 1259 de 1994 que reestructuró la entidad, le atribuyen las funciones de inspección, vigilancia y control de las Entidades Promotoras de Salud y de las Cajas, Fondos, Entidades o Empresas de Previsión y Seguridad Social (artículo 4º) y, al Superintendente la de «2. Expedir el certificado de funcionamiento a las entidades que pretendan operar como Entidades Promotoras de Salud...»

Pone de presente que el Decreto 1485 de 1994 *«por el cual se regula la organización y el funcionamiento de las EPS y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud»* prevé la obligatoriedad para toda persona jurídica que pretenda actuar como entidad promotora de salud, del certificado de funcionamiento que expide la SNS.

Afirma que la expresión «*pública*» contenida en el artículo 1º del Decreto 1804 de 1999, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, no contraría el ordenamiento jurídico porque lo único que hace es reiterar el contenido de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 en cuanto que las EPS requieren de autorización expedida por la SNS para poder administrar los recursos del régimen subsidiado, de conformidad con lo establecido en los artículos 180, 181, 236 de la Ley 100 de 1993 y 7º del Decreto 1259 de 1994.

Reitera que la obligación de obtener autorización de la SNS aplica a toda entidad, sea de naturaleza pública, privada o mixta que pretenda constituirse como EPS y/o administrar recursos del régimen subsidiado, incluidas las Cajas, Fondos, entidades o empresas de previsión social del sector público, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 236 de la Ley 100 de 1993 (art.181, lit. b), *ibídem*)

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

4.1. EL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL reiteró los argumentos de su contestación.

4.2. El actor reiteró los argumentos de la demanda.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **5.1 La competencia**

En sentencia de 15 de enero de 2003 <sup>5</sup> la Sala analizó la temática concerniente a la distribución de competencias entre la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo y las Secciones respectivas, en relación con las acciones por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional y consignó las consideraciones siguientes:

«El Consejo de Estado ejerce sus competencias jurisdiccionales por medio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ya sea en Sala Plena, ya a través de alguna de sus secciones. Tratándose de la decisión de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, el artículo 97-7 del CCA (según fue modificado por el art. 33 de la Ley 446) distribuyó la competencia entre la Sala Plena y las Secciones, reservando a la Sala Plena las concernientes a Decretos (i) de carácter general, (ii) cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con el ordenamiento jurídico, y (iii) que no obedezcan a función propiamente administrativa. Cuando el Decreto

---

<sup>5</sup> Expedientes acumulados 6414/6424/6447/6452/6453/6522/6523/6693/6714/7057. Actores: Franky Urrego Ortiz y otros.

acusado no reúna estas tres condiciones, el fallo corresponde a la Sección respectiva.

La Corte Constitucional, en sentencia C-560/99, declaró exequible el aparte del artículo 33 de la Ley 446 que señaló las características que debe reunir un Decreto para estar deferido a la Sala Plena.  
[...]»

Como el Decreto 1804 de 1999 fue expedido por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 189-11 de la Constitución Política, que le confiere la potestad reglamentaria, de naturaleza administrativa, el fallo corresponde a la respectiva Sección, en este caso, la Sección Primera.

## **5.2. La regulación constitucional y legal del servicio público de la Seguridad Social en Salud**

El artículo 48 de la Constitución Política define la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia.

La misma disposición señala que la Seguridad Social es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes. Por tal razón, el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. Finalmente preceptúa que la Seguridad Social puede ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

Por su parte, el artículo 49 de la Constitución Política señala que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; disponer la manera como la responsabilidad por la prestación de los servicios de salud se distribuye entre la Nación, las entidades territoriales y los particulares; establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas; y ejercer vigilancia y control sobre las entidades privadas prestadoras de los servicios de salud.

La Ley 100 de 1993 regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud y

establece los fundamentos que lo rigen, determina lo relativo a su dirección, organización y funcionamiento, en sus aspectos sus normas administrativos, financieros y de control, así como las obligaciones que se derivan de su prestación.

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías.

**a) El régimen contributivo** es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador.

Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. El Gobierno Nacional previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido y su distribución entre el Plan Obligatorio de Salud y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación.

**b) El régimen subsidiado** por su parte, se aplica a los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando vinculación se hace mediante una cotización subsidiada, total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad (artículo 211 de la Ley 100 de 1993).

Su propósito fundamental es financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. La forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Son beneficiarios del régimen subsidiado la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, es decir, sin capacidad de pago, teniendo especial importancia dentro de este grupo, las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidad indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago. (Artículos 212, 213 y 257 de la Ley 100 de 1993).

El carácter del subsidio que podrá ser una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda. Las personas que cumplan con los criterios fijados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como posibles beneficiarios del régimen de subsidios se inscribirán ante la Dirección de Salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio.

El régimen subsidiado se financia con los siguientes recursos: 15 puntos como mínimo de las transferencias de inversión social destinadas a salud; los recursos propios y aquellos provenientes de ECOSALUD que los departamentos y municipios destinen al régimen de subsidios en salud; los recursos del situado fiscal y de las rentas cedidas a los departamentos que se requieran para financiar al menos las inversiones de segundo y tercer nivel del Plan de Salud de los afiliados al régimen subsidiado; los recursos para subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía, y el 15% de los recursos adicionales que a partir de 1997 reciban los municipios, distritos y departamentos como participaciones y transferencias por concepto del impuesto de renta sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana.



### **5.2.1. Breve referencia al régimen legal vigente para la administración de los recursos del régimen subsidiado de salud**

Como quedó expuesto, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud diseñado por la Ley 100 de 1993 coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo y un régimen de subsidios, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías. Para tal efecto, la ley ha previsto la existencia de las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, y de Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS- de carácter público o privado, como empresas administradoras de los recursos del Régimen, que prestan el servicio de salud según delegación que el Estado hace. Estas entidades, a su vez, tienen la facultad de prestar los servicios de salud directamente a sus afiliados, o de contratar la atención de sus usuarios con las diferentes Instituciones Prestadoras de Salud -IPS-.

El Régimen Contributivo, de acuerdo con lo señalado en los artículos 202 a 210 de la ley 100 de 1993 y en el Decreto 1919 de 1994, es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador. En este orden de ideas, los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

La ley señala igualmente que corresponde a las Entidades Promotoras de Salud -EPS- recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados al Régimen Contributivo, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto, cada EPS descontará, por cada usuario, el valor de una Unidades de Pago por Capitación -U.P.C.- fijada para el Plan Obligatorio de Salud, y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad.(artículo 177 de la ley 100 de 1993 y decreto 2320 de 1995)

Por otra parte, los artículos 211 a 217 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 2357 de 1995 y al Acuerdo No. 23 de 1995 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, consagran la existencia del Régimen Subsidiado de salud, entendido como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos

al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de los que trata la ley 100 de 1993.

Los afiliados al Sistema mediante el Régimen Subsidiado serán entonces las personas sin capacidad económica, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, teniendo especial importancia dentro de este grupo, personas como las madres durante el embarazo, parto y post-parto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, entre otros. Las normas pertinentes establecen que el subsidio para estas personas podrá cubrir una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación, lo cual se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda.

La administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Administradoras del Régimen Subsidiado, encargadas de la afiliación de los beneficiarios. Estos contratos se financiarán con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las ARS que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el POS[-S].<sup>6</sup>

### **5.2.2. La administración del régimen subsidiado.**

Las ARS fueron autorizadas en la Ley 100 de 1993 y creadas por el Decreto 2357 de 1995. Hoy en día están reguladas por el Decreto 1804 de 1999 cuyo artículo 1° indica que pueden administrar los recursos del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, en calidad de administradoras del régimen subsidiado (ARS), las Empresas Solidarias de Salud -ESS-, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud -EPS- de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en ese mismo decreto y que sean autorizadas previamente por la Superintendencia de Salud. El numeral 2° del artículo 3° del Decreto 1804 de 1999 se refiere concretamente a las

condiciones económicas mínimas exigidas para que las ARS pueden entrar a administrar el régimen subsidiado.<sup>7</sup>

Según se explicó, las ARS son entidades de intermediación entre los recursos financieros, las instituciones que prestan los servicios (IPS), las autoridades públicas locales y los usuarios, y desempeñan en el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo.

### **5.2.3. La autorización de la SNS para operar como Entidades Promotoras de Salud y administrar los recursos del régimen subsidiado.**

El artículo 1° del Decreto 1804 de 1999 <sup>8</sup> a que pertenece la expresión acusada preceptúa que “Podrán administrar los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Empresas Solidarias de Salud, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud, EPS, de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente Decreto y sean autorizados previamente por la Superintendencia Nacional de Salud».

En cuanto concierne específicamente a la administración del régimen subsidiado es del caso tener en cuenta que las ARS están sujetas a **autorización para operar**, previo cumplimiento de las condiciones y requisitos de operación y de permanencia que el mismo establece.

A ese fin el Decreto fija las condiciones para el otorgamiento de la autorización, en materia de organización, capacidad técnico-administrativa, financiera, tecnológica y científica, y señala los requisitos que deberán acreditar las ARS, tales como (estados financieros debidamente certificados, demostración de la existencia del capital suscrito y pagado y patrimonio bruto).

### **5.3. El Examen de los cargos**

---

<sup>6</sup> SU-819 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis

<sup>7</sup> 2. Las administradoras del régimen subsidiado deberán cumplir con los mismos requisitos de constitución que se aplican a las entidades promotoras de salud para el ramo del régimen contributivo. Para su permanencia deberán acreditar como mínimo un número de 200.000 personas afiliadas, a menos que sus gastos administrativos sean iguales o inferiores en tres (3) puntos al porcentaje que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud conforme al numeral anterior, evento en el cual podrán tener un número inferior, que en ningún caso podrá ser menor de 50.000 afiliados. De esta exigencia se excluirá a las Cajas de Compensación cuando afilien como límite los usuarios que les corresponda en función a los recursos que administran directamente, cifra que en todo caso no podrá ser inferior a 50 mil afiliados, incluyendo aquellos afiliados financiados con otras fuentes.

Vistos los cargos de la demanda, le corresponde a la Sala determinar si es cierto que (i) las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 que modificaron la naturaleza jurídica de CAPRECOM y CAJANAL derogaron los artículos 180, 181 y 230 de la Ley 100 de 1993 de modo que por razón de su creación legal, estas Entidades Promotoras de Salud, en consideración a su naturaleza pública, quedaron eximidas de obtener autorización de funcionamiento de la Superintendencia Nacional de Salud para administrar los recursos del régimen subsidiado; y (ii) si el contenido de la norma acusada excede la potestad reglamentaria

### **5.3.1. El cargo que alega que los artículos 180, 181 y 230 de la Ley 100 de 1993 fueron derogados por las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998.**

Los artículos 180, 181 y 230 de la Ley 100 de 1993 preceptúan:

«ARTÍCULO 180. REQUISITOS DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.

**La Superintendencia Nacional de Salud autorizará como Entidades Promotoras de Salud a entidades de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los siguientes requisitos:**

1. Tener una razón social que la identifique y que exprese su naturaleza de ser Entidad Promotora de Salud.
2. Tener personería jurídica reconocida por el Estado.
3. Tener como objetivos la afiliación y registro de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el recaudo de las cotizaciones y la promoción, gestión, coordinación, y control de los servicios de salud de las Instituciones Prestadoras de Servicios con las cuales atienda los afiliados y su familia, sin perjuicio de los controles consagrados sobre el particular en la Constitución y la Ley.
4. Disponer de una organización administrativa y financiera que permita:
  - a) Tener una base de datos que permita mantener información sobre las características socioeconómicas y del estado de salud de sus afiliados y sus familias;
  - b) Acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, y verificar la de las Instituciones y Profesionales prestadores de los servicios;
  - c) Evaluar sistemáticamente la calidad de los servicios ofrecidos.
5. Acreditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación y se logre la afiliación de personas de todos los estratos sociales y de los diferentes grupos de riesgo. Tales parámetros serán fijados por el gobierno nacional en función de la búsqueda de la equidad y de los recursos técnicos y financieros de que dispongan las Entidades Promotoras de Salud.

6. Acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el gobierno nacional.

7. Tener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad, determinados por el Gobierno Nacional.

8. Las demás que establezca la Ley y el reglamento, previa consideración del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

**PARÁGRAFO. El gobierno Nacional expedirá las normas que se requieran para el fiel cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.** (Énfasis fuera de texto)

ARTÍCULO 181. TIPOS DE ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.  
**La Superintendencia Nacional de Salud podrá autorizar como Entidades Promotoras de Salud, siempre que para ello cumplan con los requisitos previstos en el artículo 180, a las siguientes entidades:**

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

PARÁGRAFO 1o. Cuando una Institución Prestadora de Servicios de Salud sea de propiedad de una Entidad Promotora de Salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> - Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, en lo acusado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-616-01 de 13 de junio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

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

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

[...]

ARTÍCULO 230. RÉGIMEN SANCIONATORIO. La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de solidaridad y Garantía.

El certificado de autorización que se le otorgue a las Empresas Promotoras de Salud podrá ser revocado o suspendido por la Superintendencia mediante providencia debidamente motivada, en los siguientes casos:

1. Petición de la Entidad Promotora de Salud.
2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización.
3. Cuando la entidad no haya iniciado su actividad en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de autorización.
4. Cuando la entidad ejecute prácticas de selección adversa.
5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el Plan de Salud Obligatorio.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno reglamentará los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otros mecanismos aplicables a las entidades promotoras y prestadoras que permitan garantizar la adecuada prestación del servicio de salud a que hace referencia la presente Ley, protegiendo la confianza pública en el sistema.

PARÁGRAFO 2o. **La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las Entidades Promotoras de Salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.»** (Énfasis fuera de texto)

Por su parte, en lo pertinente, las Leyes 314 de 1996 y 496 de 1998 preceptúan:

**LEY 314 DE 1996** <sup>10</sup>  
(agosto 20)

---

<sup>10</sup> Diario Oficial No. 42.860 de 1996 (22 de agosto)

Por la cual se reorganiza a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. NATURALEZA JURÍDICA. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, establecimiento público creado mediante la Ley 82 de 1912, se transforma en virtud de la presente Ley en Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal, será el de las Entidades Públicas de esta clase. Estará vinculada al Ministerio de Comunicaciones y la composición de su Junta Directiva será la que señala la presente Ley.

ARTÍCULO 2o. OBJETO. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM, en su naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado, **operará en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (EPS)** y como Institución Prestadora de Salud (IPS), **acorde con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios**, de tal forma que podrá ofrecer a sus afiliados el plan obligatorio de salud (POS) en los regímenes contributivo y subsidiado y planes complementarios de salud (PCS) en el régimen contributivo. (Énfasis fuera de texto)

[...]

ARTÍCULO 9o. COBERTURA. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM, a partir de la entrada de vigencia de la presente ley afiliará en salud, de acuerdo con sus disponibilidades y según los parámetros establecidos para la EPS, a todo ciudadano nacional o extranjero que a título individual o colectivo lo solicitare, **siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993**. (Énfasis fuera de texto)

[...]

#### **LEY 490 DE 1998**

(Diciembre 30)

Por la cual se transforma la Caja Nacional de Previsión Social de Establecimiento Público en Empresa Industrial y Comercial del Estado y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. NATURALEZA JURÍDICA. La Caja Nacional de Previsión Social, establecimiento público del orden nacional creado mediante la Ley 6ª de 1945, se transforma en virtud de la presente ley en Empresa Industrial y Comercial del Estado con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Su régimen presupuestal y de personal será el de las entidades públicas de esta clase. Estará vinculada al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Para todos los efectos legales la denominación de la empresa es, Caja

Nacional de Previsión Social y podrá utilizar la sigla «CAJANAL».

[...]

ARTÍCULO 2º. OBJETO. La Caja Nacional de Previsión Social, en su naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado, **operará en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (E.P.S.)**, y podrá también desarrollar y administrar otras prestaciones económicas y de salud, así como servicios complementarios **en los términos de la Ley 100 de 1993**. (Énfasis fuera de texto)

[...]

ARTÍCULO 3º. FUNCIONES. Son funciones de la Caja Nacional de Previsión Social:

a) **Desarrollar las funciones asignadas en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la reglamenten, modifiquen o complementen, propias de las Entidades Promotoras de Salud**, de las instituciones prestadoras de salud y de cualquier otro tipo de servicio y actividad o programa relacionado con la seguridad social integral a cargo de la empresa, **en los términos de la Ley 100 de 1993**; (Énfasis fuera de texto)

b) Ejercer la actividad contractual para el cabal cumplimiento de sus objetivos;

c) Invertir los recursos de tal manera que le permitan garantizar la calidad y el pago de los servicios a su cargo;

d) Garantizar la prestación de los servicios de seguridad social integral que ofrezca a sus afiliados;

e) Diseñar, estructurar, organizar, cofinanciar y atender los servicios de bienestar social para los pensionados y de la tercera edad de CAJANAL;

f) Las demás que le señale la ley, los Decretos y los Estatutos.»

La sola lectura de las disposiciones transcritas pone de resalto que las Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 condicionaron la operación de CAPRECOM y de CAJANAL como Empresas Prestadoras de Salud **al cumplimiento de las condiciones, exigencias y requisitos de autorización por la Superintendencia Nacional de Salud, así como a su inspección, vigilancia y control**, dados los inequívocos términos de la remisión que, para esos efectos hicieron a la Ley 100 de 1993.

Contra lo afirmado por el actor, tales Leyes son concluyentes en disponer que CAPRECOM y CAJANAL operarían como Empresas Promotoras de Salud **en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios**. La remisión o reenvío expreso que las referidas Leyes 314 de 1996 y 490 de 1998 hacen a la regulación normativa de la Ley 100 de 1993, desvirtúa el argumento del actor pues demuestra que su premisa subyacente no es cierta, habida cuenta de que la derogación que en su parecer operó, no ha tenido lugar.

### **5.3.2. El cargo que alega extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria**

Tampoco encuentra la Sala que este cargo tenga asidero pues, advierte que es la



propia Ley 100 de 1993 la que en su artículo 180 dispuso que las empresas de naturaleza pública deben obtener autorización de la Superintendencia Nacional de Salud para operar como Empresas Promotoras de Salud y cumplir los requisitos que dicha norma establece, para administrar los recursos del régimen subsidiado. En este aspecto la norma acusada se limita a reproducir el contenido normativo del artículo 180 de la Ley 100 de 1993. Se concluye en que el cargo es infundado.

De otra parte, advierte la Sala que el argumento conforme al cual la expresión acusada *«propicia la extralimitación de funciones en la Superintendencia Nacional de Salud, pudiendo generar y generando daños y perjuicios con respecto al logro de los fines del Estado y de las entidades como CAPRECOM que están obligadas a contribuir a la realización de los mismos»* no pasa de ser una apreciación subjetiva del actor, además de que, como se ha expuesto en reiterada jurisprudencia, las distorsiones que eventualmente pudiese sufrir una norma en su aplicación práctica, no configuran un cargo de inconstitucionalidad o ilegalidad. Para contrarrestar esas eventuales anomalías el ordenamiento jurídico ha previsto otros mecanismos.

Para concluir, la Sala pone de presente que de acogerse la tesis del actor, al Estado le estaría vedado ejercer las funciones de control, inspección y vigilancia respecto de las entidades públicas que operan como EPS. Esta posición debe descartarse pues, de avalarse, se llegaría al absurdo de desproteger a los afiliados a dichas EPS cuyo derecho a la seguridad social quedaría sometido al albur de las vicisitudes internas de dichas entidades, al no poder el Estado asegurar que tienen las condiciones institucionales, técnicas y financieras indispensables para que puedan operar como Empresas Promotoras de Salud y administrar los recursos del régimen subsidiado eficientemente. Mas grave aún: al quedar exentos los recursos públicos destinados a financiar el régimen subsidiado de salud, tampoco podría el Estado velar porque estas instituciones los destinen y utilicen con esa única destinación específica. Paradójicamente, ello sí acarrearía violación del artículo 48 de la Constitución Política, que en términos concluyentes preceptúa que **«la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.»** Y que **«La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas. De conformidad con la ley.»**

Se denegarán las pretensiones de la demanda, pues, como quedó expuesto, lejos

de contrariar norma constitucional o legal, la expresión acusada se aviene en todo a lo dispuesto en el artículo 48 de la Carta y a la Ley 100 de 1993. Así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

**FALLA:**

**DENIÉGANSE** las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 15 de octubre de 2009.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO  
Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN  
|

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO  
Ausente con permiso

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO NACIONAL 1804 DE 1999 – ARTICULO 1