

CONCEPTO JURIDICO - Alcance / CONCEPTO JURIDICO - Por regla general no constituye acto administrativo. Excepciones / ACCION DE NULIDAD - Improcedente frente a conceptos jurídicos

El concepto en cuestión fue dado en respuesta a “DERECHO DE PETICION.- Consulta Jurídica” que la ciudadana Karen Ximena Pulido Reyes formuló ante el Jefe de la oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos, el 5 de enero de 2004, mediante escrito en el que le dice que “es de mi interés saber: 1. Existe en la normatividad vigente, alguna norma que haga referencia a algún descuento, tarifa preferencia, rebaja (o términos similares) que deban hacer las empresas que prestan el servicio de energía, a las empresas, instituciones o lugares en los cuales se prestan servicios de salud? 2. En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea positiva, dicho descuento, tarifa preferencia o rebaja, etc., es aplicada específicamente a que tipo de instituciones o lugares?. Es decir se aplicaría a Hospitales, Clínica, Instituciones Prestadoras de Servicios de salud, Entidades Promotoras de Salud y Unidades Médicas de las mismas?.” (folio 39) (...). Se trata, entonces, de un concepto dado en desarrollo o cumplimiento del artículo 25 del C.C.A., el cual dispone de manera taxativa que las respuestas dadas en estos casos no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, y así se pone de presente al inicio de la respuesta a la petición de consulta que lo originó. Síguese de ello que dicho concepto no constituye acto administrativo, y menos de carácter normativo que lo haga susceptible de la presente acción de nulidad, pues mediante el mismo no se establece ninguna disposición o regla que produzca efectos jurídicos, de allí que no es oponible ni vincula a los particulares como tampoco a autoridad alguna. Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de que trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 25

CONCEPTO JURIDICO - No es obligatorio / CONCEPTO JURIDICO - Diferencias con circulares de servicio / CIRCULAR DE SERVICIO - Diferencia con concepto jurídico / CONCEPTO JURIDICO - No es objeto de control jurisdiccional

De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto, no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra, aspecto éste en que justamente se diferencia la circular de servicio con el simple concepto jurídico a que da lugar el artículo 25 del C.C.A., pues la circular de servicio obliga a sus destinatarios, so pena de incurrir en falta disciplinaria o administrativa. La circular de servicio es norma superior de los actos y conductas de sus destinatarios en el ejercicio de sus funciones relacionadas con los asuntos de que ella trata, mientras que el referido concepto jurídico no tiene ese carácter de ninguno modo para persona alguna. Si esa opinión, juicio o apreciación dada en un concepto jurídico, es o no acertada jurídicamente, no es algo que sea susceptible de examinar por esta Jurisdicción de manera separada y directa. Lo que esta Jurisdicción puede examinar y controlar en cuanto a su legalidad, son las decisiones o actos que definan situaciones jurídicas, generales o particulares, que se llegaren a dar tomando

como fundamento un concepto jurídico de esa naturaleza, en tanto elemento o criterio de interpretación de las normas aplicadas al caso. En conclusión, la excepción propuesta por la entidad demandada tiene vocación de prosperar, de allí que se deba declarar probada, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 25

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00050-01

Actor: JAIRO JOSE ARENAS ROMERO

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

Referencia: ACCION DE NULIDAD

La Sala decide en única instancia la demanda de acción de nulidad presentada contra un concepto de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en respuesta a una petición de consulta.

I.- LA DEMANDA

1. Pretensiones:

El ciudadano **JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO**, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante la Sala para que declare la nulidad del Concepto SSPD –OJ -2005-065 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, fechado 27 de enero de 2005, y suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

3.- Hechos en que se funda

El actor comenta en este acápite el artículo 89 de la Ley 142 de 1994 y las solicitudes de exención de la contribución de solidaridad que la empresa Salud Total E.P.S. elevó ante cada una de las empresas de servicios públicos domiciliarios de las distintas ciudades donde ella opera, de las cuales sólo la presentada ante la Empresa Energía Confiable S.A. E.S.P fue negada, pero esa decisión fue revocada por la Dirección Territorial Norte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Resolución 004818 de 24 de diciembre de 2003.

La referida E.P.S. elevó consulta ante esa Superintendencia para que a través de su concepto fuera de general conocimiento la aplicación del citado artículo 89.7, a propósito de la Resolución 004818 antes anotada. La respuesta a esa petición de consulta quedó plasmada en el concepto objeto de la presente.

4.- Normas violadas y concepto de la violación

El actor indica como violadas las normas contenidas en los artículos 89.7 de la Ley 142 de 1994; 6, parágrafo 1º, del decreto 3087 de 1997; 5 de la Ley 286 de 1997 y 13 de la Constitución Política, por razones que se resumen en que el concepto establece una discriminación no prevista en la ley, en contra de las E.P.S. en relación con la exención prevista en la primera de las normas invocadas, pese a que las mismas y sus IPS hacen parte del Sistema Nacional de Salud, según la normatividad que regula dicho sistema, la cual no diferencia entre el carácter privado o público que deban o no tener las entidades mencionadas para pertenecer a tal sistema y ser beneficiarias de esa exención, tanto que incluso la misma Superintendencia se la concedió a Salud Total ESP, según se dice en los hechos de la demanda.

II.- LA CONTESTACIÓN

1.- El apoderado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda y, como razones de la defensa, sostiene que el concepto acusado no es obligatorio según el artículo 25 del C.C.A. con base en el cual se hizo la petición de consulta por la interesada y se le dio respuesta a esa petición, por consiguiente no se está ante un acto

administrativo, según lo ha puesto de presente el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Propone la excepción de legalidad del referido concepto, por encontrarse ajustado a la Constitución Política, al C.C.A. y a la Ley 142 de 1994, amén de que las personas que aspiren a la exención deben demostrar que no tienen ánimo de lucro. Reitera que ese concepto constituye un punto de vista de la entidad que no tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa o imponga su exigencia a terceros y que no generó efectos jurídicos.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- La entidad demandada se reafirma en sus argumentos en contra del carácter de acto administrativo del concepto enjuiciado y a favor de su legalidad.

2.- El actor advierte que la entidad demandada se limita a aducir que el objeto de la demanda no constituye acto administrativo, en tanto que por su parte sostiene que lo es por el carácter imperativo de su contenido, sobre lo cual y en relación con los conceptos que adquieren esa connotación retoma los argumentos doctrinales y jurisprudenciales expuestos en la demanda.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado consideró que no hay duda que la ley fue clara al establecer una excepción frente a determinadas entidades prestadoras del servicio de salud para efectos del cobro de la contribución de solidaridad y no incluyó a las IPS, por lo cual el concepto no viola las normas superiores invocadas, puesto que las entidades exentas participan de una naturaleza distinta de las IPS que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, amén de que se encuentran básicamente en municipios de baja densidad de población, incluso alejados de los centros urbanos, y esa es la razón por la que el legislador quiso dejarlas exentas de la contribución, en forma expresa y taxativa.

Por ende concluye que las pretensiones de la demanda se deben desestimar y así lo solicita de manera respetuosa.

V.- CONSIDERACIONES

1. La excepción de inepta demanda por falta de jurisdicción

1.1. El concepto en cuestión fue dado en respuesta a “DERECHO DE PETICION.- Consulta Jurídica” que la ciudadana Karen Ximena Pulido Reyes formuló ante el Jefe de la oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos , el 5 de enero de 2004, mediante escrito en el que le dice que “es de mi interés saber:

1. Existe en la normatividad vigente, alguna norma que haga referencia a algún descuento, tarifa preferencia, rebaja (o términos similares) que deban hacer las empresas que prestan el servicio de energía, a las empresas, instituciones o lugares en los cuales se prestan servicios de salud?

2. En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea positiva, dicho descuento, tarifa preferencia o rebaja, etc., es aplicada específicamente a que tipo de instituciones o lugares?. Es decir se aplicaría a Hospitales, Clínica, Instituciones Prestadoras de Servicios de salud, Entidades Promotoras de Salud y Unidades Médicas de las mismas?.” (folio 39)

1.2. En el Concepto se responde así a dicha petición de consulta:

“Sobre el particular me permito manifestarle lo siguiente, atendiendo el contenido del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

En relación con este tema la oficina Asesora Jurídica se ha pronunciado en conceptos 2001 -300, 2003-462, 2004-047 en los siguientes términos:

Sobre el régimen tarifario en los servicios públicos domiciliarios, el artículo [86](#) de la Ley 142 de 1994, establece que está compuesto por reglas relativas a:

“(…)

'[86.2](#). El sistema de subsidios, que se otorgarán para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas;

(...)

"[86.4](#). Las reglas relativas a procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, estratos, facturación, opciones, valores y, en general, todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas'.

A su vez, el artículo [87](#) eiusdem determina en desarrollo del precepto constitucional contenido en el artículo [367](#), que el régimen tarifario estará orientado por los principios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

En cumplimiento del principio de solidaridad y redistribución, al poner en práctica el régimen tarifario, se deben adoptar medidas para asignar recursos a "fondos de solidaridad y redistribución", para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.

De las normas y definiciones adelante citadas, se extrae como conclusión, que la tarifa de un servicio público domiciliario es en principio igual para todos los usuarios de iguales características, es decir si ocasionan a la empresa iguales costos.

Conforme al artículo [88](#) de la Ley 142 de 1994, las empresas para fijar sus tarifas deben ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva Comisión de Regulación, salvo en los casos excepcionales establecidos en la misma ley. Estas Comisiones pueden establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de acuerdo con los estudios de costos, e igualmente pueden definir las metodologías para la determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

Por lo demás, la Ley [142](#) establece unas excepciones al régimen contributivo en los siguientes términos:

El numeral 89.7 del artículo [89](#) de la Ley 142 de 1994, señala que cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias que la misma ley previene, los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud, y los centros educativos asistenciales sin ánimo de lucro, no seguirán pagando sobre el valor de sus consumos la contribución o factor a que se refiere el numeral 89.1 del artículo 89 citado.

A su vez, el artículo [5](#) de la Ley 286 de 1996, dispone así mismo que quedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo [89](#) de la Ley 142 de 1994, es decir no son sujetos pasivos de la contribución quienes tengan el carácter de: "hospitales, clínicas, puestos y centros de salud y los centros educativos y asistenciales sin ánimo de lucro".

En este sentido, quien demuestre tener alguna de las calidades anteriores, sin distinguir su naturaleza pública o privada, se encuentran exentas de su pago. Así lo estima con toda razón la misma Comisión de Regulación de Energía y Gas:

‘El artículo [89](#), numeral 7, de la ley 142 de 1994 no distingue la naturaleza del Hospital o Colegio, es decir, bien sea particular, privada o mixta, cualquiera de esas entidades tiene derecho a la exoneración de tal contribución. No obstante, es necesario aclarar que estas leyes solo exoneran del pago de la contribución, pero no del pago del servicio.’²

De manera que las personas indicadas en el numeral 89.7 mencionado deben acreditar ante la empresa prestadora del respectivo servicio que sus actividades no tienen ánimo de lucro a efectos de ser exoneradas del pago de la contribución.

En cuanto refiere al ánimo de lucro, de conformidad con el numeral 89.7 del artículo [89](#) de la Ley 142 de 1994, sólo se predica de los centros educativos y asistenciales, quienes para obtener dicha exención deberán demostrar tal calidad. Sobre el particular la Comisión de Regulación de Energía:

‘c.) Pregunta: El concepto sin ánimo de lucro, se entiende solamente para los centros asistenciales o a todas las entidades relacionadas en el artículo en colación?’

Respuesta: La expresión "sin ánimo de lucro" que contiene el numeral 7o del artículo [87](#), parece estar referido únicamente a los centros educativos y asistenciales.’³

Por lo tanto, solo gozan de la anterior prerrogativa los hospitales, clínicas, puestos o centros de salud, o centros asistenciales, éstos últimos sólo si no tienen ánimo de lucro, pero en virtud de la ley, esta exención no se extiende a las IPS, ni a las EPS ni a las unidades médicas de las mismas por la referida circunstancia.”

1.3. Se trata, entonces, de un concepto dado en desarrollo o cumplimiento del artículo 25 del C.C.A., el cual dispone de manera taxativa que las respuestas dadas en estos casos no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, y así se pone de presente al inicio de la respuesta a la petición de consulta que lo originó.

Síguese de ello que dicho concepto no constituye acto administrativo, y menos de carácter normativo que lo haga susceptible de la presente acción de nulidad, pues mediante el mismo no se establece ninguna disposición o regla que produzca

efectos jurídicos, de allí que no es oponible ni vincula a los particulares como tampoco a autoridad alguna.

Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de que trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella.

De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto, no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra, aspecto éste en que justamente se diferencia la circular de servicio con el simple concepto jurídico a que da lugar el artículo 25 del C.C.A., pues la circular de servicio obliga a sus destinatarios, so pena de incurrir en falta disciplinaria o administrativa. La circular de servicio es norma superior de los actos y conductas de sus destinatarios en el ejercicio de sus funciones relacionadas con los asuntos de que ella trata, mientras que el referido concepto jurídico no tiene ese carácter de ninguno modo para persona alguna.

Si esa opinión, juicio o apreciación dada en un concepto jurídico, es o no acertada jurídicamente, no es algo que sea susceptible de examinar por esta Jurisdicción de manera separada y directa. Lo que esta Jurisdicción puede examinar y controlar en cuanto a su legalidad, son las decisiones o actos que definan situaciones jurídicas, generales o particulares, que se llegaren a dar tomando como fundamento un concepto jurídico de esa naturaleza, en tanto elemento o criterio de interpretación de las normas aplicadas al caso.

En conclusión, la excepción propuesta por la entidad demandada tiene vocación de prosperar, de allí que se deba declarar probada, como en efecto se hará 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:

DECLARASE probada la excepción de inepta demanda por no constituir acto administrativo el Concepto SSPD –OJ -2005-065 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, fechado 27 de enero de 2005, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de esa entidad, e **INHÍBESE** de pronunciarse sobre el fondo 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 22 de abril de 2010.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Presidente

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO