

PRESTACION DE SERVICIO PUBLICO DE SALUD – Medicina Prepagada. Plan adicional de salud

Anota la Sala que aunque en el recurso en estudio se adujo que el plan objeto del contrato con TELECOM no es un plan adicional de salud porque no se diseñó, ni se ofreció como un producto en el mercado, ni en cumplimiento del objeto social de las compañías de medicina prepagada, lo cierto es que para que la oferta de servicios de una empresa de medicina prepagada tenga la condición de plan adicional de salud, no es necesario que la empresa respectiva lo diseñe o lo ofrezca como tal, sino que reúna las condiciones que legalmente debe cumplir. No pueden alegar las apelantes que el contrato que celebraron no está comprendido dentro del objeto social previsto en sus estatutos, porque el objeto social de las empresas de medicina prepagada está definido por la ley y los reglamentos, el cual consiste en la prestación de un servicio de salud. De acuerdo con la norma subrayada, la competencia para decidir sobre la forma como las entidades de aseguramiento -entre ellas las de medicina prepagada-, pueden celebrar convenios, asociaciones o consorcios para cumplir las normas legales que rigen su actividad, corresponde a la Superintendencia y no a las entidades vigiladas. Significa lo anterior, que mientras la Superintendencia no profiriera el régimen de asociación o consorcio entre las entidades mencionadas y no autorizara la prestación de servicios mediante éstos mecanismos, no podían prestarlos para desarrollar su objeto social. De las consideraciones anteriores, se concluye que los apelantes no demostraron que los servicios contratados con Telecom a favor de sus trabajadores y pensionados tuvieran naturaleza distinta de los planes adicionales de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Para la Sala es claro que la norma establece una obligación por parte de las empresas de medicina prepagada, consistente en que los planes de salud y los contratos que suscriban estas empresas, deben contar con la aprobación previa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y, por lo tanto, su incumplimiento genera la imposición de una sanción que se traduce en una multa.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Falta de motivación respecto al grado o tope de la sanción

Como es evidente que la norma que regía cuando ocurrieron los hechos, esto es, el Decreto 1259 de 1994 era más gravosa para las demandantes que la norma posterior, el Decreto 452 de 2000, que estaba vigente cuando se expidieron los actos demandados, debió aplicarse el segundo decreto, que era la norma posterior y más favorable. De lo anterior se concluye que, la Superintendencia Nacional de Salud violó el principio de favorabilidad. Por otra parte, no es de recibo la falta de motivación de la Administración respecto del grado o topes de la sanción como tal, pues el hecho de que el Decreto 452 de 2000, que debió aplicarse al caso, faculte a la Superintendencia imponer multas, pero no establezca los criterios para cuantificarla entre mínimos y máximos posibles, debe entenderse como una facultad relativamente discrecional que debe ejercerse atendiendo los mandatos del artículo 36 del C. C. A., por cuya virtud, “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. La jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado establecen que las facultades de este tipo deben ajustarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, además, no deben quedar en el fuero interno de quien sanciona, sino que deben ser explícitos, a efectos de que los administrados puedan ejercer en su contra los controles por vía administrativa y judicial.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 81 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 165 / DECRETO 1570 DE 1993 – ARTICULO 15 / CIRCULAR EXTERNA 077 DE 1998 / DECRETO 1259 DE 1994 / DECRETO 806 DE 1998 – ARTICULO 17.

NOTA DE RELATORIA: Planes de atención en salud, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 21 de octubre de 2010, Rad. 2005-00168, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sanción similar, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 27 de agosto de 2009, Rad. 2002-00053, MP. María Claudia Rojas Lasso. Principio de favorabilidad, Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 2 de agosto de 2012, Rad. 2004-00030 (17939), MP. Martha Teresa Briceño de Valencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00176-01

Actor: COLSANITAS S. A. Y MEDISANITAS S. A

Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala el recurso de apelación contra la sentencia de 13 de septiembre de 2007, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de nulidad contra las Resoluciones 1833 y 1834 del 30 de noviembre de 2000; 0432 y 0433 del 21 de marzo de 2001; 1766 y 1767 del 3 de septiembre de 2001 de la Superintendencia Nacional de Salud que impusieron una multa a COLSANITAS S.A. y MEDISANITAS S.A.; y denegó igualmente las pretensiones resarcitorias.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

a) Pretensiones

Las sociedades demandantes solicitaron, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se declare la nulidad de los siguientes actos, proferidos por la Dirección General para Entidades Promotoras de Salud y Entidades de Prepago de la Superintendencia Nacional de Salud:

a) Resolución N° 1833 de 30 de noviembre de 2000, por medio de la cual se concluyó una investigación administrativa y se impuso a COLSANITAS multa de doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de su expedición¹; **b)** Resolución N° 433 de 21 de marzo de 2001 por medio de la cual se confirmó la resolución anterior, al decidir el recurso de reposición interpuesto por COLSANITAS; **c)** Resolución N° 1767 de 3 de septiembre de 2001, por medio de la cual se confirmó la Resolución 1833 de 30 de noviembre de 2000, al decidir el recurso de apelación interpuesto en su contra;² **d)** Resolución N° 1834 de 30 de noviembre de 2000, mediante la cual se concluyó una investigación administrativa y se impuso a MEDISANITAS multa de doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de su expedición;³ **e)** Resolución N° 432 de 21 de marzo de 2001, por la cual se conformó la resolución anterior al decidirse el recurso de reposición interpuesto por MEDISANITAS en su contra; **f)** Resolución N° 1766 de 3 de septiembre de 2001, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación contra la Resolución 1834 de 30 de noviembre de 2000, confirmándola.⁴

Las demandantes solicitaron a título de restablecimiento del derecho que se declare que no están obligadas a pagar las multas descritas y, si hubieran pagado, se ordene su devolución con los intereses comerciales corrientes, liquidados entre la fecha de pago y la de ejecución de la sentencia, y con intereses moratorios entre esta última fecha y aquella en que se efectúe el reembolso. Además, que se ordene a la Superintendencia cancelar o terminar cualquier registro, anotación o proceso fundado en los actos demandados; y se ordene cumplir la sentencia conforme a los artículos 176 a 178 del C.C.A.

¹ Resolución fue notificada por edicto fijado el 27 de diciembre de 2000 y desfijado el 11 de enero de 2001

² Resolución notificada por edicto fijado el 5 de octubre de 2001 y desfijado el 19 siguiente.

³ Resolución fue notificada por edicto fijado el 27 de diciembre de 2000 y desfijado el 11 de enero de 2001

⁴ Resolución notificada por edicto fijado el 5 de octubre de 2001 y desfijada el día 19 del mismo mes.

c) Hechos

- El 27 de diciembre de 1999 las sociedades COLSANITAS, MEDISANITAS y POS SALUD LTDA., celebraron un convenio de consorcio (denominado CMP) para presentar una propuesta conjunta ante invitación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM -, encaminada a seleccionar la entidad que ofreciera las mejores condiciones para prestar los servicios del Plan Integral de Salud a que tienen derecho los servidores y pensionados de esa empresa, así como sus beneficiarios.
- El consorcio CMP fue favorecido con la adjudicación y el 14 de enero de 2000 celebró con TELECOM el contrato de prestación de servicios de salud N° CVGH-135.000-0001-2000.
- El 1º de junio de 2000 la Directora General de Entidades Promotoras de Salud y Entidades de Prepago de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Oficios NURC 4020-2-38891 y NURC 4023-2-38968, solicitó a COLSANITAS y MEDISANITAS, explicar los criterios jurídicos, financieros y técnicos en que se fundaron para celebrar el Convenio de Consorcio mencionado.
- Mediante comunicaciones CJ 0787-00 y CJ 0789-00 las compañías requeridas dieron las explicaciones respectivas.
- Por autos Nos. 517 y 518 del 4 de agosto de 2000 la funcionaria mencionada ordenó, en su orden, abrir investigación administrativa contra COLSANITAS y MEDISANITAS para establecer si prestaron los servicios contenidos en el Plan Integral de Salud - Telecom directamente, o a través del consorcio denominado CMP, sin que dicho plan haya sido autorizado por la Superintendencia Nacional de Salud, como lo exige el numeral 4, del artículo 15 del Decreto 1570 de 1993 y la Circular Externa 077 de 14 de septiembre de 1998 de la misma Superintendencia.
- Mediante comunicaciones CJ 1208 y CJ 1210-00, radicadas el 24 de agosto de 2000 las investigadas rindieron las explicaciones solicitadas.
- Mediante Resoluciones N° 1833 y 1834 de 30 de noviembre de 2000, se concluyeron las investigaciones administrativas y las investigadas fueron sancionadas con multa de 250 salarios mensuales legales vigentes, razón por la

cual interpusieron recurso de reposición y en subsidio de apelación solicitando la revocatoria de las sanciones y en subsidio, su disminución.

- Los recursos de reposición fueron resueltos mediante Resoluciones 0432 y 0433 del 21 de marzo de 2001, que confirmaron las resoluciones sancionatorias y concedieron el recurso de apelación.

- El 21 de mayo siguiente, las accionantes presentaron ante la Superintendencia Nacional de Salud un escrito en conjunto para complementar los argumentos de la sustentación del recurso de apelación.

- Mediante Resoluciones 1767 y 1766 de 3 de septiembre de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud resolvió desfavorablemente los recursos de apelación y confirmó las Resoluciones 1833 y 1834 de 2000.

d) Normas violadas.

Las demandantes citaron como violados los artículos 2, 6, 13, 29, 38, 55, 84 y 333 de la Constitución Política; 3 del C. C. A.; 5-23 del Decreto Ley 1259 de 1994 (derogado por el Decreto Especial 452 de 2000); 15-4 del Decreto Reglamentario 1570 de 1993; 18 del Decreto 806 de 1998, y 10 y 12 del Código Penal.

e) Concepto de la violación. Se sustentó así:

Primer cargo. Los actos acusados violaron los derechos de las demandantes al debido proceso y la defensa garantizados por los artículos 29 superior y 14, 28, 34 y 35 del C.C.A., porque existe incongruencia entre el cargo único formulado con motivo de la apertura de investigación administrativa, de acuerdo con el cual COLSANITAS y MEDISANITAS habrían prestado servicios de salud no contemplados en los planes previamente aprobados por la Superintendencia, y la conducta por la cual se impuso sanción pecuniaria, consistente en que las investigadas excedieron las autorizaciones impartidas para prestar servicios de salud en forma de prepago.

Todo ello sin determinar los servicios presuntamente prestados, sus beneficiarios y las condiciones de modo, tiempo y lugar en que las sancionadas hubieran prestado servicios no autorizados.

Segundo cargo. Inexistencia de los supuestos en que se fundan los actos acusados:

a) Los actos acusados afirman que el plan integral de salud objeto del contrato celebrado por las demandantes (en consorcio) con TELECOM es un plan adicional de salud porque ofrecen coberturas que no hacían parte del “Plan Salud SANITAS” autorizado previamente por la Superintendencia demandada y por eso debió ser autorizado por ésta.

Señalan que esa afirmación no es cierta porque el plan objeto del contrato no es opcional ni voluntario; no fue diseñado ni ofrecido como un producto en el mercado, ni en cumplimiento del objeto social de las compañías de medicina prepagada, y no se financian, como éstos, con recursos de la cotización obligatoria. Por eso no es uno de los planes adicionales de salud de que tratan los Decretos 1570 de 1993, 1468 de 1994 y 806 de 1998, ni se rige por estas disposiciones.

El plan objeto del contrato es de naturaleza especial porque está constituido por servicios de salud a que tienen derecho los trabajadores y pensionados de TELECOM y sus beneficiarios, que son obligatorios porque así lo establece la convención colectiva de trabajo celebrada con sus cuatro sindicatos que nuestro ordenamiento reconoce como acto creador de derecho objetivo, y en normas legales que garantizaron a favor de aquéllos condiciones especiales de asistencia integral en salud (Decretos Leyes 2201 de 1987 y 2123 de 1992).

b) Para demostrar que no ofrecieron coberturas en exceso de las autorizadas para el Plan Salud Sanitas aprobado por Resolución 1540 de 25 de octubre de 1999, las demandantes explicaron que, para contratar la gestión y prestación de los servicios pactados convencionalmente, denominado Plan Telecom, esta entidad inició un procedimiento de selección objetiva, pero como ninguna entidad de salud contaba con aprobación previa del Plan Telecom, fueron invitadas a participar las compañías del Grupo Empresarial Organización Sánitas Internacional, Colsanitas y Medisanitas.

Estas compañías decidieron emplear la figura jurídica del consorcio, prevista y regulada por la Ley 80 de 1993, de manera que cada entidad acometiera las actividades de su especialidad y capacidad, en función de su objeto y

autorizaciones. Así se acordó al conformar el consorcio y se consignó en el contrato con TELECOM donde además se señaló que el consorcio gestionaría y prestaría los servicios de salud a través de las empresas capaces y facultadas para acometer las actividades de su resorte y especialidad, y se incorporó al consorcio a una tercera empresa que se encargaría de gestionar y contratar tal prestación, aunque fuera indirectamente mediante contratos con terceros.

c) No es cierto que la prestación de servicios de salud bajo la modalidad de consorcio requiera autorización de la Superintendencia por efecto de la responsabilidad solidaria que la ley exige de sus miembros, pues la Constitución Política garantiza la libertad de empresa y de iniciativa privada en condiciones de igualdad real y efectiva, así como el desarrollo a la libre asociación (C.P: art. 13,38 y 333), y como expresión de tales libertades la Ley 80 de 1993 facultó a las personas naturales y jurídicas para presentar en forma conjunta propuestas encaminadas a la adjudicación, celebración y ejecución –también conjunta - de contratos, a los que aisladamente no podrían aspirar por limitaciones en su capacidad o por razones de orden técnico, operativo o económico.

La Superintendencia desconoce que el consorcio es una modalidad de colaboración empresarial en la cual la responsabilidad solidaria de sus miembros frente a la administración, desde ningún punto de vista excluye la distribución del trabajo, la divisibilidad de las obligaciones en atención a su objeto social y a su capacidad técnica, operativa, financiera y económica.

La demandada confundió el concepto de “consorcio” con el de obligaciones solidarias, desconociendo que si bien la capacidad de las personas jurídicas está circunscrita a su objeto social, que debe ejercer con arreglo a las autorizaciones, permisos y aprobaciones exigidas por la ley, lo cierto es que en el giro ordinario de sus actividades están facultadas para celebrar los negocios jurídicos tipificados en el ordenamiento positivo, como los consorcios, sin que por esta circunstancia se les pueda desconocer capacidad legal para contratar.

Además, la Carta Política garantiza el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14), protege su libre desarrollo (art.16) y faculta para asociarse y ejecutar las actividades que las personas realizan en sociedad (art. 38), mandatos **aplicables igualmente a las personas naturales y jurídicas**, quienes por mandato de los artículos 633 y 1503 del C.C. tienen capacidad legal

para ejercer derechos y contraer obligaciones, salvo aquellas que hayan sido declaradas incapaces en la ley.

Adicionalmente, el artículo 25 del Decreto Reglamentario 047 de 2000, consagra que las entidades de medicina prepagada, además de su actividad principal, **están habilitadas para realizar las operaciones propias del objeto social conexo**, como la celebración de contratos de mutuo, el otorgamiento de avales y garantías a favor de terceros en operaciones relacionadas con su objeto social.

El literal K del artículo 9 del Decreto 452 de 2000, por su parte atribuye a la Superintendencia la función de establecer la forma como las entidades de aseguramiento pueden celebrar consorcios con el fin de dar cumplimiento a las normas legales que rigen su actividad en cuanto a sujetos vigilados; función que no por no haberse ejercido no se puede invocar para contrariarla.

Tercer cargo. Los actos acusados declararon una responsabilidad objetiva que está proscrita en el derecho administrativo sancionatorio; éste solo permite imputar responsabilidad como consecuencia de conductas dolosas o culposas, o de la infracción de un precepto jurídico definido previamente por el legislador como merecedor de una pena.

A las demandantes no se les puede imputar dolo o culpa porque partieron de una realidad objetiva: su limitación para prestar de manera aislada e individual todas las prestaciones de salud a cargo de TELECOM por virtud de su convención colectiva, al no poder prestar servicios de salud en medicina prepagada que no estuvieran aprobados por la Superintendencia; situación que la impulsó a celebrar un consorcio.

Además, no se probó que hayan prestado directa y efectivamente servicios por fuera de tales autorizaciones, pues solamente se comprometieron a gestionar y prestar los contenidos en el Plan de Medicina Prepagada aprobado por la Superintendencia demandada, como quedó acordado en el acuerdo de consorcio, documento que satisface la obligación impuesta en el parágrafo 1° del artículo 7° de la Ley 80 de 1993 que forma parte integral de dicho contrato.

Cuarto cargo. En los actos acusados **falta toda motivación** sobre la naturaleza, cuantía, procedencia y dosificación de la multa impuesta.

Quinto cargo. Violación del principio de favorabilidad previsto en el artículo 29 superior, el cual resulta aplicable a los procedimientos sancionatorios por la comisión de conductas contrarias a derecho, sean de naturaleza policiva, penal o administrativa.

En el presente caso, la Superintendencia de Salud omitió aplicar el Decreto 452 del 14 de marzo de 2000, “por el cual se modificó la estructura del organismo”, y en su lugar aplicó la norma derogada, es decir, el Decreto 1259 de 1994, que no se encontraba vigente en cuanto se refiere a las funciones generales del citado organismo, entre ellas, todo lo concerniente a la imposición de sanciones.

Alegan que, al haberse surtido el trámite de publicación del Decreto 452 en el Diario Oficial número 43.944 del 22 de marzo de 2000, sus disposiciones cobraron vigencia en esa fecha y son por lo tanto de forzosa aplicación, salvo, en cuanto atañe a la organización interna de las funciones y a su planta de personal, las cuales, por prescripción del artículo 24, continúan rigiendo hasta la fecha en que se adopte la nueva planta de personal.

Al aplicar una sanción de 250 SMLM con fundamento en el Decreto 1259 de 1994, la demandada aplicó una norma derogada y una sanción excesiva, pues con arreglo a la disposición vigente únicamente es posible imponer multas que no superen los diez mil (10.000) SMLD, cuantía notoriamente inferior a un mil (1.000) SMLD, tope dispuesto por la legislación derogada.

Sexto cargo. Al decidir los recursos interpuestos por vía gubernativa, la Superintendencia expuso criterios que permiten reiterar los cargos formulados contra la sanción administrativa impuesta.

2. Contestación de la demanda

La Superintendencia Nacional de Salud contestó la demanda y se opuso a las pretensiones.

Manifestó que se atiene a los hechos que se prueben en el proceso y aseguró haber proferido las resoluciones demandadas en uso de las atribuciones conferidas por la Ley 100 de 1993, el Decreto Ley 1259 de 1994, la Resolución 1320 de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud y los artículos 50, 51, 52,

53, 56 y 59 del C. C. A., con arreglo a los principios de economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción previstos en el artículo 3º ibídem.

Propuso la excepción de “inexistencia de causal alguna que afecte la validez de los actos administrativos acusados” y la sustentó aduciendo que éstos no violan norma alguna de la Constitución Política porque se expidieron en debida forma y de conformidad con la ley, puesto que las demandantes prestaron servicios no incluidos en los planes de Medicina Prepagada debidamente aprobados, por lo cual violaron el Decreto 1570 de 1993 y la Circular Externa N° 077 de 1998 de la misma Superintendencia.

No violó los derechos a la igualdad y al debido proceso de las demandantes, ni su derecho de libre asociación, porque el desarrollo de sus actividades está sujeto a la Constitución y a las normas legales que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que las obligaba a obtener autorización para prestar los servicios de salud que ofrecieron.

Por otra parte, el artículo 233 de la Ley 100 de 1993 le permite imponer a las instituciones sujetas a inspección y vigilancia, previa solicitud de explicaciones, multas sucesivas hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción, cuando desobedezcan las instrucciones u órdenes que imparta la Superintendencia (Circular Externa N° 077 de 1998). Y como la conducta sancionada se encuentra tipificada en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1570 de 1993 y la Circular Externa N° 077 de 1998 de la SUPERSALUD, los actos acusados no violaron los artículos 10 y 12 del Código Penal.

II. LA SENTENCIA APELADA.

Mediante sentencia de 13 de septiembre de 2013 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca precisó que como los cargos de la demanda, la contestación, la conducta imputada en los actos demandados y las pruebas que se deben estudiar son las mismas para ambas demandantes, las cobija por igual el análisis y resolución de los cargos.

Afirmó que la inexistencia de causal que afecte la validez de los actos administrativos acusados no constituye en realidad una excepción, sino un argumento para cuestionar la ausencia de mérito de las súplicas de la demanda,

cuyo valor será examinado en el estudio sustancial de la controversia objeto de juzgamiento.

2.1. Negó prosperidad al cargo de violación del derecho al debido proceso y al derecho de defensa, garantizados por los artículos 29 constitucional y 14, 28, 34 y 35 del C.C.A., que las demandantes fundaron en la presunta falta de congruencia entre el cargo único formulado en la apertura de investigación administrativa y el cargo descrito en los actos acusados para fundar la multa. Todo ello sin haber invocado ni probado la prestación de los servicios contratados, en exceso de los autorizados.

El a quo afirmó que no existe dicha incongruencia porque, pese a alguna diferencia en la redacción, la imputación del pliego de cargos y la descrita en los actos demandados es la misma, consistente en que las investigadas habrían prestado servicios de salud contenidos en el “Plan Integral de Salud Telecom” para los servidores públicos y pensionados de Telecom a través del consorcio denominado CMP, sin que dicho Plan se encuentre autorizado por la Superintendencia Nacional de Salud, como lo exige el numeral 4º, artículo 15 del Decreto 1570 de 1993 y la Circular Externa 077 del 14 de septiembre de 1998 de la misma Superintendencia, norma que establece que cuando la Superintendencia compruebe que la entidad de medicina prepagada, se encuentra comercializando un plan sin el cumplimiento de alguno de los requisitos establecidos, ordenará la suspensión de su comercialización e impondrá las sanciones previstas en los numerales 23 y 24, artículo 5º del Decreto 1259 de 1994.

Aseguró que en el proceso se probó que mediante documento privado de diciembre 27 de 1999 las demandantes, junto con la Sociedad Pos Salud Ltda., constituyeron el **consorcio** denominado CMP, cuyo objeto es la celebración, ejecución, y liquidación del contrato de prestación de servicios de salud del Plan Integral Salud Telecom, figura jurídica que genera entre dichas sociedades obligaciones solidarias, como lo establece el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y los reconoce la Corte Constitucional en sentencia de 23 de mayo de 2002. Exp. 17.588.

También se probó que entre el Consorcio y TELECOM se celebró el Contrato de Prestación de Servicios de Salud N° CVGH-135000-0001-2000 (folios 31-48 C6), cuyo objeto era: la prestación de los servicios de salud “Plan Integral De Salud

Telecom” para los servidores públicos y pensionados y beneficiarios; plan que se definió como “el conjunto de servicios de atención en salud contratados mediante la modalidad de prepago, que garantiza la **prestación de la totalidad de los servicios, actividades, procedimientos o intervenciones no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud** los cuales forman parte del Plan Integral de Salud Telecom y aquellas actividades del Plan Obligatorio de Salud prestadas bajo condiciones diferentes o adicionales de comodidad, tecnología y hotelería”.

El Consorcio se obligó a prestar, cubrir y asumir el costo de los servicios determinados en el contrato, cuando el usuario lo requiera; a gestionar y prestar los servicios médico asistenciales, odontológicos, quirúrgicos y hospitalarios a favor de los usuarios afiliados.

Advirtió el a quo que en vía administrativa las demandantes **reconocieron que algunos de los servicios de salud derivados de la convención colectiva de Telecom, los cuales fueron contratados con esta entidad, no se encontraban contemplados en el Plan Medicina Prepagada. Plan Salud Sanitas, autorizado por la SUPERSALUD** y por eso conformaron con Pos Salud Ltda., el consorcio CMP, por el cual ésta última es la encargada de coordinar la prestación de los servicios y suministros que excedan del Plan Salud Sanitas.

Como las resoluciones demandadas gozan de presunción de legalidad, la carga de la prueba que la desvirtúe corresponde a las demandantes, quienes en este proceso no demostraron **que no habían prestado los servicios médicos asistenciales contratados con Telecom; que éstos no hacían parte del Plan de Medicina prepagada Plan Salud Sanitas, aprobado por la SUPERSALUD,** conductas imputadas en el pliego de cargos que las investigadas no negaron al descorrer el mismo y aceptaron tácitamente.

2.2. El a quo negó prosperidad al cargo de inexistencia de los hechos en que se fundaron los actos demandados.

Desestimó el argumento de las demandantes, según el cual el Plan Integral de Salud de Telecom no se rige por el régimen jurídico de los planes adicionales de salud previsto en el Decreto 1570 de 1993, el cual rige la organización y funcionamiento de la medicina prepagada, toda vez que se trata de un plan

especial que se deriva de una convención colectiva entre Telecom y sus sindicatos, en desarrollo de sus derechos fundamentales.

A juicio del Tribunal, pese a las circunstancias especiales anotadas, las demandantes están obligadas a cumplir las disposiciones del Decreto 1570 de 1993 que rigen la organización y funcionamiento de la medicina prepagada.

Además, en los descargos las demandantes aceptaron tácitamente que ofrecieron nuevas coberturas en exceso de las autorizadas y por eso conformaron un consorcio con Pos Salud Ltda., encargado de coordinar la prestación de servicios y suministros que exceden el Plan Salud Sanitas (fls 256 a 257 c2), y así consta en el convenio del consorcio, figura que para la Sala es inadmisibles porque las obligaciones de quienes hacen parte de un consorcio son solidarias de conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, y por eso son responsables de todos los servicios contratados.

Finalmente, es cierto que los servicios contratados con Telecom requieren autorización de la SUPERSALUD cuando los presta un consorcio, porque si bien éstos tienen facultad para celebrar negocios jurídicos, también lo es que deben registrarse por el Decreto 1570 de 1993, cuyo artículo 15-4 exige autorización previa de SUPERSALUD respecto de los planes y contratos que incluyan servicios no autorizados, a efectos de establecer su viabilidad financiera. Además, la Circular Externa 077 de 1998 de la misma Superintendencia, dispone que las entidades, programas y dependencias de medicina prepagada que cuenten con certificado de funcionamiento, podrán comercializar los planes sin autorización previa de la misma, siempre y cuando cumplan con el requisito, de informarle la intención de comercializar el plan y adjuntar la información que exige el numeral 2.1.2 de la citada circular, requisito que tampoco cumplieron las demandantes.

2.3. El Tribunal negó prosperidad al tercer cargo, según el cual la entidad demandada aplicó un régimen de responsabilidad objetiva proscrito en el derecho administrativo sancionatorio, con fundamento en las siguientes razones:

El contrato celebrado entre las demandantes y Telecom demuestra que aquéllas sí se comprometieron a prestar un servicio médico asistencial integral que excede los servicios de medicina prepagada para los cuales estaban autorizadas,

independientemente de lo acordado en el acta de constitución del consorcio. Para desvirtuar lo pactado en el contrato las demandantes tenían la carga de la prueba.

En materia administrativa la sanción no debe obedecer siempre a la imputación de dolo o culpa, pues la jurisprudencia ha aceptado en algunos casos la responsabilidad objetiva por violación a la ley.⁵ Doctrinalmente la culpa en sentido amplio se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar daño y resultar imputable al autor como consecuencia de su libre determinación. De modo concordante el artículo 63 del Código Civil establece que existe culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previstos, confió imprudentemente en evitarlos.

Concluyó que la administración sancionó a las demandantes a título de culpa y no de responsabilidad objetiva como lo afirman las demandantes, para lo cual estableció el tiempo de servicio de las empresas sancionadas y su obligación de conocer las leyes que, por su objeto social, están en obligación de conocer y cumplir.

2.4. Negó prosperidad al cuarto cargo, relacionado con la supuesta falta de motivación de los actos demandados respecto de la naturaleza y cuantía de la sanción que impusieron, que habría producido la violación del derecho al debido proceso, al impedir que los interesados conocieran y pudieran controvertir las razones de la administración para tomar la decisión cuestionada.

Para sustentar esta decisión el Tribunal manifestó que el Decreto 1252 (art. 5°-23) faculta a la Superintendencia de Salud para imponer a sus vigiladas multas sucesivas hasta de 1.000 SMLM., cuando se pruebe, que una entidad de medicina prepagada se encuentre comercializando un plan de salud sin el cumplimiento de los requisitos preestablecidos por la misma, disposición que no establece cuantía mínima para la sanción a imponer.

En este caso, Supersalud estimó que la falta cometida por las demandantes, es de naturaleza grave⁶, en atención al tiempo de servicio que tienen como empresas de medicina prepagada, cuyo objeto social involucra la prestación de servicios de salud de interés público, y tienen pleno conocimiento del régimen a que están

⁵ En materia cambiaria. Sent. Diciembre 12 /06. Exped 1999 – 9006. M.P. Doctor Germán Ayala Mantilla.

⁶ Resolución 1767 de septiembre 3 de 2000, de la Superintendencia de Salud. Folios 81 a 97. c.1.

sometidas – Decreto 1570 de 1993 –, no pudiendo desconocer la relevancia jurídica que ello implica, aspecto que comparte el Tribunal.

Aseguró el a quo que al no establecer la ley una cuantía mínima para la multa, bien puede la demandada en atención a la calificación de la falta, imponer la que estime justa y proporcional, y eso ocurrió en este caso porque la multa impuesta no llegó al 50% de la cuantía máxima.

2.5. Negó prosperidad al quinto cargo, relacionado con la violación del principio de favorabilidad.

Para decidir este cargo anotó que es más favorable la aplicación de una ley cuando ésta le quita el carácter de falta disciplinaria a una conducta que estaba considerada como violatoria de los deberes, derechos y prohibiciones; impone una sanción más benigna; desarrolla o crea causales de exclusión de responsabilidad; advierte condiciones procedimentales más favorables; en fin, produce consecuencias menos graves para el procesado, el investigado o disciplinado, de donde se infiere que el principio de favorabilidad no se rige por reglas rígidas y debe ser analizado en cada caso concreto.

Agregó que la demandada aplicó el principio descrito porque la sanción impuesta tuvo como fundamento el Decreto 1259 de 1994, vigente a la fecha de los hechos que dan origen a la sanción, cuya cuantía de la multa, es más favorable a las demandantes, en atención a que ésta, de acuerdo con éste decreto es de doscientos cincuenta (250) SMLM, es decir, la suma de sesenta y cinco millones veinticinco mil pesos (\$65.025.000), valor que no sobrepasa el tope máximo del monto determinado por el Decreto 452 de 2000 (nueva disposición), el cual dispone que el valor máximo de la multa a imponer va hasta diez mil (10.000) salarios diarios vigentes a la fecha de la sanción, es decir, la suma de ochenta y seis millones setecientos mil pesos (\$86.700.000).

2.6. El Tribunal negó prosperidad al sexto cargo, orientado a desvirtuar el fundamento de los actos que decidieron los recursos de vía gubernativa porque, en su opinión, no contienen acusaciones distintas de las formuladas contra las decisiones objeto de los recursos, estudiadas y decididas en párrafos anteriores, a los que se remite.

Negó, en consecuencia las pretensiones de la demanda y la condena en costas.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Las demandantes presentaron oportunamente recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, en el que manifestaron, en resumen, lo siguiente:

El a quo se equivocó al negar prosperidad al cargo de incongruencia entre la conducta sancionada por la Superintendencia Nacional de Salud y la imputada e investigada, y para demostrarlo transcribió y comentó apartes de los autos de cargos que ordenaron abrir investigación contra COLSANITAS S.A., y MEDISANITAS S.A., así como de las resoluciones de la misma Superintendencia que decidieron esas investigaciones.

Agregarón que la entidad demandada no probó la conducta objeto de la sanción en vía administrativa y que el a quo se equivocó al exigir que la demandada probara por vía judicial la existencia de dicha conducta pues la manifestación de que no la cometió constituye una negación indefinida que obligaba a la administración a demostrar que la conducta sí se configuró.

Insistieron en que el concepto del PLAN INTEGRAL TELECOM no constituye en realidad un plan adicional de salud cuya comercialización requiera autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud; en que la celebración y ejecución de contratos con número plural de contratistas bajo la figura de un consorcio permite que cada uno ofrezca y preste los servicios para los cuales está autorizado; en que la Superintendencia la sancionó utilizando criterios de responsabilidad objetiva proscritos del derecho sancionatorio; y en que los actos acusados no contiene ninguna motivación para establecer el monto de las sanciones que impusieron y vulneraron el principio de favorabilidad.

Para demostrar las afirmaciones anteriores reiteraron, en lo sustancial, los hechos y razones en que sustentaron la demanda, que se describen con mayor detalle al decidir el recurso.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante presentó alegatos en la segunda instancia donde reiteró, en lo sustancial, los hechos y razones que expuso en el recurso de apelación (fs. 50 a

79 del cuaderno No. 2).

La Superintendencia demandada no presentó alegatos.

V. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Agente del Ministerio Público no intervino en esta oportunidad procesal.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Los actos acusados

Las demandantes pretenden la nulidad de las siguientes decisiones: **a)** Resolución No. 1833 de 30 de noviembre de 2000, mediante la cual la Directora General para Entidades Promotoras de Salud y Entidades Prepago de la Superintendencia Nacional de Salud, concluyó una investigación administrativa y sancionó a COLSANITAS con multa de 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMMLV). **b)** Resolución No. 433 de 22 de marzo de 2001, mediante la cual la misma funcionaria resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, confirmándola. **c)** Resolución 1767 de 3 de noviembre de 2001, mediante la cual la Superintendencia Nacional de Salud decidió el recurso de apelación contra la Resolución No. 1833 de 2000, confirmándola.

También solicitaron la nulidad de las siguientes decisiones: **d)** Resolución No. 1834 de 30 de noviembre de 2000, mediante la cual la Directora General para Entidades Promotoras de Salud y Entidades Prepago de la Superintendencia Nacional de Salud, concluyó una investigación administrativa y sancionó a MEDISANITAS S.A, con multa de 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMMLV). **e)** Resolución No. 432 de 22 de marzo de 2001, mediante la cual la misma funcionaria resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, confirmándola. **f)** Resolución 1766 de 3 de noviembre de 2001, mediante la cual la Superintendencia Nacional de Salud decidió el recurso de apelación contra la Resolución No. 1834 de 2000, confirmándola.

A título de restablecimiento del derecho las demandantes solicitaron que se declare que no están obligadas a pagar las multas descritas o, que se les devuelvan debidamente indexadas con los respectivos intereses, si las hubieran pagado.

6.2. Cuestión procesal previa. Acumulación de pretensiones por parte de varios demandantes.

En el libelo que originó este proceso, los apoderados judiciales de COLSANITAS S.A., y MEDISANITAS S.A., solicitaron la nulidad de resoluciones proferidas por la Superintendencia en actuaciones dirigidas de manera separada a investigar y sancionar a dichas empresas por la prestación de servicios no autorizados.

La posibilidad de que un acto cree una situación jurídica de carácter particular y concreto respecto de una persona a la que se le vulneran derechos o se le causan perjuicios genera en la persona que se considera afectada un interés que la legitima para demandar la nulidad de dicho acto y el restablecimiento de sus derechos. Ese interés debe concurrir igualmente en los terceros, como lo confirma el artículo 146 del C. C. A., al señalar que “en los procesos de nulidad y restablecimiento, el derecho a intervenir como parte coadyuvante o impugnadora se le reconocerá a quien en la oportunidad prevista en el inciso anterior **demuestre interés directo en las resultas del proceso**”.

En el presente caso es claro que COLSANITAS S.A., únicamente estaba legitimada para demandar la nulidad y restablecimiento del derecho frente a las Resoluciones 1833 de 30 de noviembre de 2000; 433 de 22 de marzo de 2001 y 1767 de 3 de noviembre de 2001 que le impusieron una sanción, pero no estaba legitimada para demandar la nulidad de las resoluciones Nos. 1834 de 30 de noviembre de 2000, 432 de 22 de marzo de 2001 y 1766 de 3 de noviembre de 2001 que sancionaron a MEDISANITAS S.A., puesto que éstos actos no la afectaron. Es más, por virtud del artículo 146 del C. C. A., en el proceso en el que se pretendiera la nulidad de éstas últimas resoluciones ni siquiera podía COLSANITAS intervenir en condición de tercero.

Lo mismo cabe decir acerca de la falta de legitimidad de MEDISANITAS S.A., para demandar la nulidad de actos que afectaron a COLSANITAS S.A., o intervenir en el proceso iniciado contra los actos que sancionaron a aquélla.

No obstante, la presentación por parte de las dos empresas de medicina prepagada de una sola demanda de nulidad y restablecimiento contra las resoluciones que las sancionaron, se justifica en este caso por virtud de las normas que regulan la acumulación de pretensiones en la jurisdicción contencioso

administrativa.

En efecto, el artículo 145 del C. C. A., establece que “en todos los procesos contencioso administrativos procederá la acumulación de pretensiones en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil...”, y el artículo 82 de este último estatuto prescribe lo siguiente:

“Artículo 82. Acumulación de pretensiones. *El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

1. *Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.*
2. *Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- }
3. *Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.*

En la demanda sobre prestaciones periódicas, podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegaren a causar entre la presentación de aquélla y la sentencia de cada una de las instancias.

También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquéllas provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, unos mismos bienes del demandado, con la limitación del numeral 1. del artículo 157.

Cuando se presente una indebida acumulación que no cumpla con los requisitos previstos en los dos incisos anteriores, pero sí con los tres numerales del inciso primero, se considerará subsanado el defecto cuando no se proponga oportunamente la respectiva excepción previa.”

En el sub lite es claro que procedía la acumulación de pretensiones formulada por COLSANITAS S.A., y MEDISANITAS S.A., porque el Tribunal era competente para conocer de todas; no resultan excluyentes y pueden tramitarse por el mismo procedimiento, el que corresponde al proceso ordinario.

Además, los actos acusados provienen de una misma causa, en el presente caso por la prestación de servicios de salud no autorizados por la Superintendencia Nacional de Salud, que las partes, unidas en consorcio contrataron con TELECOM, y además, deben servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque, como señala la norma comentada, sea diferente el interés de unos y otros.

Por lo expuesto, procedió atinadamente el Tribunal al estudiar y decidir conjuntamente las pretensiones formuladas por las demandantes en una misma demanda. Y al igual que el a quo, estudiará la Sala en forma conjunta los cargos de las distintas partes, dado que presentan elementos comunes que lo justifican; así como los argumentos igualmente comunes de la defensa frente a las pretensiones y las pruebas allegadas al proceso.

6.3. Contexto normativo en el que se expidieron las resoluciones demandadas.

Como los motivos de inconformidad de las apelantes se fundan en interpretaciones de las normas que regulan la actividad de las empresas de medicina prepagada y los planes adicionales de salud – PAS, conviene transcribirlas y efectuar algunas precisiones, antes de estudiar puntualmente los argumentos del recurso.

- De acuerdo con los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional, la Seguridad Social comprenderá los servicios que determine la Ley y podrá ser prestada por entidades públicas o privadas. La organización, dirección y reglamentación del servicio público de Salud estará a cargo del Estado, quien debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

La Ley 10 de 1990 reorganizó el Sistema Nacional de Salud y en el artículo 1º estableció que **“la prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas, para el efecto, en los términos que establece la presente Ley.**

Dispuso igualmente que “El Estado intervendrá en el servicio público de salud, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Política, con el fin de: (...) K) Dictar normas sobre la organización y funcionamiento de los servicios de medicina prepagada, cualquiera sea su modalidad, especialmente sobre su régimen tarifario y las normas de calidad de los servicios, así como en relación con el otorgamiento del mismo tipo de servicios por las instituciones de seguridad y previsión social, cuya inspección, vigilancia y control estarán a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud”.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral y en el artículo 81 estableció que la Superintendencia Nacional de Salud podrá autorizar como entidades promotoras de salud, entre otras, a **“las entidades que ofrezcan programas de medicina prepagada o de seguros de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica”**.

De acuerdo con la misma ley, los afiliados y beneficiarios del sistema de seguridad social en salud tienen derecho a un régimen de beneficios, por virtud del cual tienen acceso a: **1)** Un plan de atención básica en Salud - PAB que, de acuerdo con el artículo 165 ibídem, es el definido por el Ministerio de Salud para complementar las acciones previstas en el POS y las acciones de saneamiento ambiental. Su prestación será gratuita y obligatoria y su financiación será garantizada por recursos fiscales del Gobierno Nacional, complementada con recursos de los entes territoriales.⁷ **2)** Un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud – POS (artículo 156).⁸ **3)** Atención en accidentes de tránsito (artículo 156). **4)** Atención de riesgos catastróficos (artículo 156). **5)** Atención de urgencias en todo el territorio nacional (artículo 159 ibídem).

⁷ De acuerdo con la misma norma el PAB estará constituido por intervenciones dirigidas directamente a la colectividad o a los individuos cuando tienen altas externalidades (como la información pública, la educación y el fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, complementación nutricional y planificación familiar, desparasitación escolar, control de vectores y campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como sida, tuberculosis y lepra, y enfermedades tropicales como la malaria).

⁸ De acuerdo con el artículo 157 ibídem todo colombiano participará en el sistema general de seguridad social en salud en una de tres condiciones: a) **afiliados al régimen contributivo**, que son las personas con capacidad de pagar una cotización; b) **afiliados al régimen subsidiado** que no tienen capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, por lo cual el Estado la financia total o parcialmente, y c) **personas vinculadas** temporalmente al sistema por motivos de incapacidad de pago, mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado. Tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado

A los beneficios anteriores **pueden agregarse otros adicionales que no corresponde garantizar al Estado** bajo los principios de solidaridad y universalidad, denominados **Planes Adicionales de Salud - P.A.S.**

El Decreto 1570 de 1993, modificado por el **Decreto 1486 de 1994**, reglamentó la Ley 10 de 1990 en cuanto a la organización y funcionamiento de la medicina prepagada y en el artículo 1º la definió como “El sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme el presente decreto, para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado. - No se consideran como entidades de prepago aquellas que se limitan a otorgar descuentos sobre el costo de la utilización de los servicios de salud, que debe ser asumido por parte de un grupo de usuarios.⁹

Definió al **usuario, beneficiario o afiliado** como la “persona con derecho a los servicios contratados”; al **contratante** como la persona que suscribe un contrato de servicios con una empresa de medicina prepagada, bien para su exclusivo beneficio, para beneficio de terceros o para beneficio de uno y otros; y al **contrato de servicios** como el “documento que suscriben las empresas de medicina prepagada con los contratantes, para regular los derechos y las obligaciones derivados de la gestión de los servicios de medicina prepagada”.

El artículo 5º *ibídem* dispuso que “**el objeto social de las sociedades de medicina prepagada** será, la gestión para la prestación de servicios de salud, o la prestación directa de tales servicios, bajo la forma de prepago, en las modalidades autorizadas expresamente en este decreto, debiendo especificar en su objeto las modalidades de atención que ofrezcan...estas modalidades servirán de fundamento único para clasificar la empresa respectiva como de medicina prepagada”.

El artículo 15 numeral 4, por su parte, reguló lo atinente a los contratos de medicina prepagada así: “Los contratos que suscriban las Empresas de Medicina

⁹ La definición original del decreto **1570** de 1993 era la siguiente: “el sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente decreto, para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender o prestar directa o indirectamente estos servicios, mediante el cobro regular de un precio pagado por anticipado por los contratantes”.

Prepagada deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) 4. **Aprobación de los planes y contratos. Los planes de salud y contratos deberán ser aprobados previamente por la Superintendencia Nacional de Salud.** La petición deberá sustentarse claramente en el sentido de establecer la viabilidad financiera de la entidad para el programa”. (Negrillas fuera de texto).

El artículo 22 del decreto 1468 de 1994, estableció que “los modelos de contratos de servicio de ambulancia prepagado se someterán a la aprobación previa de la Superintendencia Nacional de la Salud. Con la presentación de la petición se hará la sustentación correspondiente de la viabilidad financiera y de cobertura de la entidad.”

El artículo 1º del Decreto 783 de 2000 modificó el artículo 12 del Decreto 1468 de 1994 que quedó así: “La Superintendencia Nacional de Salud deberá aprobar los programas de copagos y pagos moderadores que pretendan desarrollar las entidades, dependencias o programas de medicina prepagada y definirá la forma como se le deberá suministrar al usuario información al respecto. Para el efecto las entidades de medicina prepagada estarán sometidas al régimen general o de autorización previa que para el efecto disponga la Superintendencia Nacional de Salud”.

El artículo 4-15 del Decreto-Ley 1298 de 1994, “Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, incluye el servicio de medicina prepagada como objeto de intervención estatal al señalar que “El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata el presente Estatuto, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines: (...) 15. Dictar normas sobre la organización y funcionamiento de la medicina prepagada, cualquiera sea su modalidad, especialmente sobre su régimen tarifario y las normas de calidad de los servicios, así como en relación con el otorgamiento del mismo tipo de servicios por las instituciones de seguridad y previsión social, cuya inspección, vigilancia y control estarán a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud”.

El **Decreto 1259 de 1994, por el** cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud, le atribuyó en el artículo 7-6 la función de “instruir a las

entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en cuanto sujetos vigilados, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas que le compete aplicar y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, y en el artículo 14-12 atribuyó a las Divisiones Para Entidades Promotoras de Salud y Empresas de Medicina Prepagada la función de “c) Aprobar los planes y contratos de medicina prepagada”.

La Superintendencia Nacional de Salud profirió la Circular Externa 077 de 1998 en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 6 del artículo 7 del Decreto 1259 de 1994, en concordancia con lo dispuesto en el literal c, numeral 12 del artículo 14 del mismo y con lo establecido en el numeral 4, artículo 15 del Decreto 1570 de 1993 y en el numeral 3 del artículo 22 del Decreto 1486 de 1994 en lo relacionado con la organización y funcionamiento de la medicina prepagada.

El numeral 2 de la Circular mencionada reguló la **aprobación de planes y contratos de medicina prepagada y servicios de ambulancia prepagados** en los siguientes términos:

“2.1. APROBACION GENERAL

Las entidades, programas y dependencias de Medicina Prepagada y Servicios de Ambulancia Prepagados que cuenten con el respectivo certificado de funcionamiento podrán comercializar los planes sin autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud siempre y cuando cumplan con lo siguiente:

“2.1.1 REQUISITOS

2.1.1.1 Estar cumpliendo con las disposiciones legales vigentes, que le sean aplicables sobre capital mínimo saneado, margen de solvencia e inversiones obligatorias.

2.1.1.2 No estar incurso en las causales de disolución establecidas en el código de comercio y demás normas vigentes.

2.1.1.3. No encontrarse en las causales ni estar sometido en alguno de los regímenes de autorización previa de tarifas o publicidad.

2.1.1.4 Informar a la Superintendencia Nacional de Salud mediante comunicación escrita la intención de comercializar el plan o los planes indicando el(os) nombre(s) y adjuntando la información y documentación que se relaciona en el numeral 2.1.2. de la presente Circular Externa.”

2.1.2 INFORMACIÓN A SUMINISTRAR

La información y documentación que se detalla a continuación deberá ser remitida a la Superintendencia Nacional de Salud con una anticipación no inferior a treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de su colocación en el mercado incluida en este plazo la suscripción del primer contrato.”

(...) 2.1.3 INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS

Cuando la Superintendencia Nacional de Salud compruebe que la entidad, programa o dependencia de medicina prepagada o servicio de ambulancias prepagado, se encuentra comercializando un plan sin el cumplimiento de alguno de los requisitos establecidos, ordenará la suspensión de su comercialización e impondrá las sanciones previstas en los numerales 23 y 24, artículo 5o. del Decreto 1259 de 1994.”

Mediante sentencia de esta Sección de 21 de octubre de 2010, radicación 2005-00168-01, C.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, luego de examinar las normas transcritas previamente llegó a las siguientes conclusiones sobre los planes de atención en salud que prestan las empresas de medicina prepagada que esta Sala prohíja en esta oportunidad:

“- Inequívocamente requieren de la aprobación de la Superintendencia Nacional de Salud para que tales programas puedan ofrecerse al público o comercializarse, en cada caso concreto o específico.

- Para acceder a la aprobación de los mismos, las entidades de medicina prepagada estarán sometidas al régimen general que establezca la Superintendencia Nacional de Salud, el cual se ha de entender como el conjunto de disposiciones reglamentarias que en desarrollo y acorde con la normatividad superior, señale las condiciones o requerimientos que deben cumplir todas las mencionadas entidades de medicina en concreto para obtener dicha aprobación.

La Circular Externa 077 de 1998 puede considerarse justamente como contentiva de ese régimen general, en la medida en que contiene las disposiciones a que están sometidas las entidades de medicina prepagada para poder ofrecer los programas de esa modalidad del servicio de medicina.

- La aprobación de los aludidos programas es previa a su ofrecimiento al público por la respectiva entidad que los preste, en razón a que cabe entender que el artículo 12 del Decreto 1486 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 783 de 2000, al referirse al régimen general que ha de adoptar la Superintendencia Nacional de Salud es el régimen de la autorización previa que requieren las entidades de medicina prepagada para poder ofrecer

los programas de ese servicio. Es decir, el citado artículo está hablando de régimen general o de régimen de autorización previa, como conceptos equivalentes.

En efecto, el alcance más entendible o lógico que cabe darle a la conjunción “o” de la expresión “**régimen general o de autorización previa**”, es el de ser una conjunción que denota equivalencia o caracterización del régimen general que según dicha norma debe adoptar la Superintendencia Nacional de Salud, en el sentido de que se trata de un régimen general **o de autorización previa**.

(...) Ahora bien, lo previo se refiere a su vez a antes de empezar a ofrecer el específico programa de medicina prepagada en el caso de cada entidad prestadora de dicho servicio de salud.

Así emerge en las normas superiores comentadas, que justamente se invocan como fundamento de la Circular Externa 077, a tal punto que el artículo 12 del Decreto 1486 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 783 de 2000, y en desarrollo del artículo 4, numeral 15, del Decreto ley 1298 de 1994 establece la aprobación previa incluso como un imperativo para la Superintendencia Nacional de Salud, al prever que ésta “*deberá aprobar los programas de copagos y pagos moderadores que pretendan desarrollar las entidades, dependencias o programas de medicina prepagada*” y que “*Para el efecto las entidades de medicina prepagada estarán sometidas al **régimen general o de autorización previa** que para el efecto disponga la Superintendencia Nacional de Salud.*”

Justamente, en cumplimiento de ese imperativo, el Decreto 1259 de 1994 estableció en el literal c) del numeral 12 de su artículo 14, que “*Las Divisiones para entidades promotoras de salud y empresas de Medicina Prepagada, tendrán entre sus funciones la de “Aprobar los planes y contratos de medicina prepagada,”*

A todo ello anotado se suma el artículo 22, numeral 3, del Decreto 1486 de 1994, en cuanto establece la necesidad de la aprobación previa de los modelos de *contratos de servicio de ambulancia prepagado*.

(...) 3.2.7. (...) Así las cosas, la aprobación general que se incluye en la referida circular no aparece en la normatividad superior en que se apoya o a la que persigue darle cumplimiento, ni tiene cabida en la misma bajo ninguna forma de interpretación. Por el contrario, resulta opuesta a lo que se prevé sobre el punto, a tal grado que incluso la estaría derogando o dejando nugatoria y sin eficacia, como quiera que habiendo una autorización general, queda sin objeto cualquier aprobación especial o particular.

De suerte que literalmente ese numeral en tanto establece una autorización general estaría suprimiendo el deber que las comentadas disposiciones le imponen a la Superintendencia de aprobar previamente los programas de medicina prepagada o similares, como uno de los mecanismos para ejercer la función de inspección, control y vigilancia de las entidades prestadoras de

servicios de salud, que a su vez desarrolla la facultad de intervención que Constitución y la ley le otorgan al Estado en dichos servicios.

(...) 3.2.8. La tan notoria oposición del numeral 2.1 de la Circular 077 frente a las normas superiores comentadas, en cuanto prevé que *“Las entidades, programas y dependencias de Medicina Prepagada y Servicios de Ambulancia Prepagados que cuenten con el respectivo certificado de funcionamiento podrán comercializar los planes sin autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud”*, configura precisamente la situación jurídica que da pie para la excepción de ilegalidad de un acto administrativo y, por consiguiente, para su inaplicación y para atender en lugar de ella la norma superior, lo que por reiterada jurisprudencia pueden hacer de oficio las autoridades judiciales de esta jurisdicción contencioso administrativa¹⁰, como en efecto lo hará la Sala respecto de dicho numeral.

Por ello, en lugar del numeral en cuestión se acogerán los artículos 12 del Decreto 1486 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 783 de 2000; 4, numeral 15, del Decreto ley 1298 de 1994; 14, numeral 12, literal c) del Decreto 1259 de 1994 y 22, numeral 3, del Decreto 1486 de 1994, en virtud de los cuales todo plan de medicina prepagada debe tener previamente aprobación o autorización específica de la Superintendencia Nacional de Salud”.

El fallo comentado no analizó el contenido del Decreto 806 de 30 de abril de 1998 que reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, como servicio de interés general, en todo el territorio nacional. No obstante, sus conclusiones se comparten en esta ocasión, porque el decreto mencionado no lo contradice.

Este decreto precisó que los **beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud a que tienen derecho sus** afiliados como servicio público esencial se agrupan en cinco tipos de planes diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como afiliado cotizante, como afiliado beneficiario, como afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud (artículo 2º), los cuales son: 1. Plan de Atención Básica en Salud, PAB. 2. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS. 3. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POSS.

¹⁰ Ver sentencias C-037 de 2000 de la Corte Constitucional; de 26 de junio de 1992, expediente S-086, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y de 14 de junio de 2001, expediente 6356, consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sección Primera del Consejo de Estado, entre otras.

4. Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos. 5. Atención inicial de urgencias (artículo 3º); planes que fueron regulados en los artículos 4 a 16.

Los artículos 17 a 24 regulan los beneficios adicionales a los previstos en los planes anteriores, denominados planes adicionales de salud, en los siguientes términos:

“Artículo 17. Otros beneficios. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud pueden prestarse beneficios adicionales al conjunto de beneficios a que, tienen derecho los afiliados como servicio público esencial en salud, que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad. Estos beneficios se denominan Planes Adicionales de Salud y son financiados con cargo exclusivo a los recursos que cancelen los particulares.

Estos planes serán ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras.

Artículo 18. Definición de Planes Adicionales de Salud, PAS. Se entiende por plan de atención adicional, aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias.

El usuario de un PAS podrá elegir libre y espontáneamente si utiliza el POS o el plan adicional en el momento de utilización del servicio y las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.

Artículo 19. Tipos de PAS. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pueden prestarse los siguientes PAS:

1. Planes de atención complementaria en salud.
2. Planes de medicina prepagada, que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.
3. Pólizas de salud que se regirán por las disposiciones especiales previstas en su régimen general.

Parágrafo. Las entidades que ofrezcan planes adicionales deberán mantener su política de descuentos con el usuario mientras éste se encuentre vinculado a la institución, siempre que no se modifiquen las condiciones que dan origen al descuento.

Artículo 20. Usuarios de los PAS. Los contratos de planes adicionales, sólo podrán celebrarse o renovarse con personas que se encuentren afiliadas al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizantes o beneficiarios.

Las personas de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 podrán celebrar estos contratos, previa comprobación de su afiliación al régimen de excepción al que pertenezcan.¹¹

Parágrafo. Cuando una entidad autorizada a vender planes adicionales, celebre o renueve un contrato sin la previa verificación de la afiliación del contratista y las personas allí incluidas a una Entidad Promotora de Salud, deberá responder por la atención integral en salud que sea demandada con el objeto de proteger el derecho a la vida y a la salud de los beneficiarios del PAS.

La entidad queda exceptuada de esta obligación cuando el contratista se desafilie del sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de suscripción o renovación del contrato, quedando el contratista o empleador moroso, obligado a asumir el costo de la atención en salud que sea requerida.

Artículo 21. Examen de ingreso. (...)

Artículo 22. Deber de información. Las entidades que ofrezcan PAS deberán remitir, con una antelación de 30 días a su colocación en el mercado, la siguiente información a la Superintendencia Nacional de Salud:

- a) Nombre y contenido del plan;
- b) Descripción de los riesgos amparados y sus limitaciones;
- c) Costo y forma de pago del plan;
- d) Descripción de cuotas moderadoras y copagos;

¹¹**Artículo. 279.-Excepciones.** *El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. **Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995** Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato. Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol. **PARAGRAFO. 1º**-La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley. (...) **PARAGRAFO. 2º** (...) - **PARAGRAFO. 3º**(...) **PARAGRAFO. 4º** (...) [Ver el Decreto Nacional 691 de 1994](#) [Ver Art. 14 Decreto Nacional 1703 de 2002](#)*

e) Copia del formato de contrato que se utilizará.

Parágrafo. Aquellas entidades que en la actualidad se encuentran ofreciendo planes de medicina prepagada, complementarios o seguros de salud que no hayan enviado dicha información, deberán remitirla en un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la vigencia del presente decreto.

Artículo 23. Planes de Atención Complementaria. Los PAC son aquel conjunto de beneficios que comprende actividades, intervenciones y procedimientos no indispensables ni necesarios para el tratamiento de la enfermedad y el mantenimiento o la recuperación de la salud o condiciones de atención inherentes a las actividades, intervenciones y procedimientos incluidas dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Tendrán uno o varios de los siguientes contenidos:

1. Actividades, intervenciones y procedimientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud o expresamente excluidos de éste.
2. Una o varias condiciones de atención diferentes que permitan diferenciarlo del POS tales como comodidad y red prestadora de servicios.

Parágrafo. Sólo podrán ofrecerse los contenidos del POS en las mismas condiciones de atención cuando éstos están sometidos a períodos de carencia, exclusivamente durante la vigencia de este período.

Artículo 24. Estipulaciones contractuales. Los contratos de PAC deberán incluir como mínimo:

- a) Identificación del contratista y, de los beneficiarios del plan;
- b) Definición de los contenidos y características del plan;
- c) Descripción detallada de los riesgos amparados y las limitaciones;
- d) Término de duración del contrato;
- e) Costo y forma de pago del Plan incluyendo cuotas moderadoras y copagos;
- f) Condiciones de acceso a la red de prestadores de servicios y listado anexo de los prestadores;
- g) Derechos y deberes del contratista y beneficiarios del plan.”

6.2. Los motivos de inconformidad de las apelantes

6.2.1. Las apelantes consideran que la conducta por la cual fue sancionada en las resoluciones demandadas no fue la imputada en los autos de cargos formulados por la Superintendencia Nacional de Salud, lo que fue decidido erradamente por el Tribunal con el argumento de que la conducta descrita en esos documentos es la misma, aunque varíe ligeramente su redacción.

Para demostrar la incongruencia anotada las apelantes comentaron apartes del auto 517 de 4 de agosto de 2000, mediante el cual la Directora General para Entidades Promotoras de Salud y Entidades de Prepago de la Superintendencia ordenó abrir investigación contra COLSANITAS S.A., y le **imputó cargos, así:**

*“**Artículo segundo:** La investigación tendrá como propósito determinar si la entidad vigilada COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A., incurrió en la siguiente conducta para lo cual se establece el siguiente.*

CARGO ÚNICO. *Presunta prestación de los servicios de salud contenidos en el Plan Integral de Salud- Telecom para los servidores públicos y pensionados de TELECOM con sus respectivos beneficiarios directamente o a través del consorcio denominado CMP, sin que dicho plan se encuentre autorizado por la Superintendencia Nacional de Salud, como lo determina el numeral 4 del artículo 15 del Decreto 1570 de 1993 y las instrucciones impartidas por esta Superintendencia en Circular Externa 077 del 14 de septiembre de 1998, excediendo así las autorizaciones de los planes que han sido aprobados previamente por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.” (ver folios 253 a 255 del expediente administrativo) (negrilla fuera de texto)*

La funcionaria señalada formuló contra MEDISANITAS S.A., idéntica imputación mediante auto de cargos 518 de 4 de agosto de 2000, obrante en el expediente administrativo allegado al proceso.

Las Resoluciones 1833 y 1834 de 30 de noviembre de 2000 de la Superintendencia demandada concluyeron las investigaciones y las sancionaron con multa, **por haber prestado presuntamente servicios de salud** contenidos en el plan integral de salud –Telecom, para los servidores públicos y pensionados de Telecom o a través del consorcio integrado por COLSANITAS, MEDISANITAS y POS SALUD LTDA., sin que el plan estuviera aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud, razón por la cual violó el numeral 4 del artículo 15 del Decreto 1570 de 1993 y las instrucciones impartidas por la Circular Externa 077 del 14 de septiembre de 1998 de la Superintendencia.

La lectura de las resoluciones mencionadas permite constatar que las razones descritas en el párrafo anterior constituyeron efectivamente su fundamento.

Las apelantes afirman que **la conducta consistente en prestar servicios de salud** que no hacían parte de los planes de salud aprobados por la Superintendencia, imputada a las demandantes en el auto de cargos, **difiere de la**

conducta consistente en celebrar contrato para prestar servicios que sirvió de fundamento a la decisión de sancionarlas; y que esta falta de congruencia entraña una violación del derecho al debido proceso y a la defensa.

La Sala estima que el argumento del apelante es **excesivamente formalista** porque saca de contexto la imputación contenida en el auto de cargos y desconoce que **sustancialmente** es la misma conducta por la que las resoluciones cuestionadas decidieron imponer sanciones a las investigadas.

La descripción del cargo único está precedida en los pliegos de cargos de un recuento de las obligaciones legales a cargo de las investigadas, contenidas en el Decreto 1570 de 12 de agosto de 1993, reglamentario de la Ley 10 de 1990¹² cuyo artículo 15 establece:

“Artículo 15.- Los contratos que suscriban las Empresas de Medicina Prepagada deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

(...)

4. Aprobación de los planes y contratos. Los planes de salud y contratos deberán ser aprobados previamente por la Superintendencia Nacional de Salud. La petición deberá sustentarse claramente en el sentido de establecer la viabilidad financiera de la entidad para el programa”.

Asimismo, de la Circular Externa No. 077 de 14 de septiembre de 1998 de la Superintendencia Nacional de Salud sobre “aprobación de planes y contratos”, cuyo numeral 2.1., dispuso lo siguiente:

*“2.1. Las entidades, programas y dependencias de Medicina Prepagada y Servicios de Ambulancia Prepagados que cuenten con el respectivo certificado de funcionamiento podrán **comercializar** los planes sin autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud siempre y cuando cumplan con los siguientes:*

2.1.1. Requisitos.

(...) No encontrarse en las causales ni estar sometido en alguno de los regímenes de autorización previa de tarifas o publicidad (...) Informar a la Superintendencia Nacional de Salud mediante comunicación escrita la intención de comercializar el plan o los planes indicando el(os) nombre(s) y adjuntando la información y documentación que se relaciona en el numeral 2.1.2. de la presente Circular Externa”. (negrilla fuera de texto)

El pliego de cargos anotó que por oficio 0099210 40209999 de 28 de enero de 1997 la SUPERSALUD sometió a COLSANITAS S.A., al régimen de autorización individual de publicidad con fundamento en el capítulo II de la Circular 137 de

¹² Publicado en el Diario Oficial. Año CXXIX. N. 40989.12, Agosto, 1993.

1993; decisión confirmada por oficio NURC 161566 de 15 de agosto de 1997 de la misma entidad, **por lo que COLSANITAS requiere “para poder ofrecer o contratar servicios** por fuera de las intervenciones o procedimientos que le han sido aprobados en los planes correspondientes, de autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud”.

Anotó además que el numeral 2.3.1. de la Circular Externa 077 de 1998 **establece que** “Cuando la Superintendencia Nacional de Salud compruebe que la entidad, programa o dependencia de medicina prepagada o servicio de ambulancias prepagado, **se encuentra comercializando** un plan sin el cumplimiento de alguno de los requisitos establecidos, ordenará la suspensión de su comercialización e impondrá las sanciones previstas en los numerales 23 y 24, artículo 5º del Decreto 1259 de 1994”.

Para formular el cargo único, la Superintendencia anotó en los autos de cargos comentados que pese a las normas anteriores, COLSANITAS S.A., mediante consorcio con MEDISANITAS S.A., y POS SALUD LTDA. prestó servicios de salud contenidos en el Plan Integral de Salud –Telecom sin que dicho plan estuviera autorizado por la Superintendencia Nacional de Salud.

La descripción de los autos de cargos pone de presente que éstos no cuestionaron **la prestación real y efectiva de los servicios objeto del contrato celebrado con Telecom,** lo que obligaría a la Superintendencia a probar de manera puntual las personas atendidas y el tiempo, modo, lugar en que se prestó cada servicio para poder sancionar, como reclaman los apelantes.

La conducta objeto de investigación fue la eventual **prestación de los servicios adicionales de salud contenidos en el Plan Integral de Salud**, sin previa autorización de la Superintendencia.

Esta conducta está **descrita literalmente en la motivación de los autos de cargos** y constituyen el supuesto de hecho de las normas cuya violación se imputó a las demandantes, las que prohíben efectivamente a las empresas de medicina prepagada comercializar planes de salud si previamente la Superintendencia no los ha aprobado.

Este sentido contextual del cargo imputado es tan claro que las investigadas la entendieron del mismo modo, al punto que en su defensa no adujeron la ausencia

de prestación real y efectiva de los servicios contratados con TELECOM sino razones diferentes, orientadas a demostrar que al contratar servicios con Telecom mediante la figura del consorcio no habían violado las normas que la obligaban a obtener autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Segundo motivo de inconformidad de las apelantes.

Las apelantes cuestionaron el criterio utilizado por el Tribunal para negar prosperidad al cargo, según el cual los actos acusados las sancionaron por la presunta prestación de un plan de salud a empleados, pensionados y beneficiarios de Telecom sin autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud.

En su opinión, el a quo desconoció que los servicios del denominado **plan integral de salud** contratados con Telecom no constituían en realidad un plan de esa naturaleza.

Afirmaron que el Tribunal definió el plan adicional de salud (PAS) como el conjunto de beneficios adicionales a los que tienen derechos los afiliados al sistema de seguridad social en salud como servicio público esencial que corresponde garantizar al Estado, entre los cuales se cuentan los planes de atención complementaria, los de medicina prepagada y las pólizas de salud, todos financiados con recursos de los particulares o de los empleadores, como consecuencia de obligaciones convencionales de carácter laboral; definición ésta que contraría el artículo 17 del Decreto 806 de 1998 que no incluye los servicios de salud pactados en convenciones colectivas en la definición de planes adicionales de salud.

Insistieron las apelantes en que el plan integral de salud de TELECOM no es un plan adicional porque no cumple con las exigencias de los artículos 17, 18 y 19 del Decreto 806 de 1998 que lo definen.

Anota la Sala que aunque en el recurso en estudio se adujo que el plan objeto del contrato con TELECOM no es un plan adicional de salud porque no se diseñó, ni se ofreció como un producto en el mercado, ni en cumplimiento del objeto social de las compañías de medicina prepagada, lo cierto es que para que la oferta de

servicios de una empresa de medicina prepagada tenga la condición de plan adicional de salud, no es necesario que la empresa respectiva lo diseñe o lo ofrezca como tal, sino que reúna las condiciones que legalmente debe cumplir.

Se advierte que tanto en su defensa en vía gubernativa como en el mismo recurso de apelación, las demandantes reconocen que el objeto del contrato que celebraron con TELECOM era la prestación de servicios adicionales a los contenidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS a cargo de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM; beneficios adicionales que esta última entidad no pudo prestar porque perdió la licitación abierta que TELECOM abrió para contratar su gestión.

Esa es la razón por la que el Decreto 1570 de 1993, modificado por el Decreto 1486 de 1994, que reglamentó la organización y funcionamiento de la medicina prepagada, limitó el objeto social de las empresas que prestan ese servicio al señalar en el artículo 1º que la medicina prepagada es el sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme el presente decreto, **para la gestión de la atención médica y la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado**” y el artículo 5º ibídem dispone expresamente que **“el objeto social de las sociedades de medicina prepagada será la gestión para la prestación de servicios de salud, o la prestación directa de tales servicios, bajo la forma de prepago, en las modalidades autorizadas expresamente en este decreto, debiendo especificar en su objeto las modalidades de atención que ofrezcan”**.

Las normas descritas circunscriben el objeto social de las empresas de medicina prepagada a la gestión y prestación de servicios de salud adicionales a los definidos en los planes obligatorios de salud - POS.

En consecuencia, los servicios no POS que las empresas demandantes reconocieron haber contratado con Telecom constituyen un plan adicional de salud comprendido dentro de su objeto social.

No sobra agregar que la condición de plan adicional de salud de los servicios de salud pactados por Telecom y sus sindicatos, prestados mediante contratos de esa entidad con empresas de medicina prepagada, fue reconocida por muchas sentencias de la Corte Constitucional, entre otras en la T-844/07, que a su vez se remitió a otras en el mismo sentido, que no es necesario comentar en detalle.

- Las apelantes afirmaron que el artículo 25 del Decreto Reglamentario 047 de 2000 dispuso que las entidades de medicina prepagada, además de su actividad principal, **están habilitadas para realizar las operaciones propias del objeto social conexo**, como la celebración de contratos de mutuo, el otorgamiento de avales y garantías a favor de terceros en operaciones relacionadas con su objeto social; y que el contrato que celebraron con Telecom en consorcio con POS SALUD LTDA., constituían una actividad propia del objeto social conexo.

Este argumento no es de recibo, porque el concepto de objeto social conexo de las empresas de medicina prepagada, al igual que en materia civil y comercial, está determinado por el del objeto principal, en la medida en que permite su pleno ejercicio. Esto es, el objeto conexo debe guardar una relación clara de medio a fin con las actividades principales que enmarcan la capacidad de la empresa.

Este criterio tiene respaldo en el mismo artículo 25 del Decreto 047 de 2000 citado por las apelantes en su apoyo, puesto que las actividades y contratos a que se refieren resultan útiles y aún necesarios para el cumplimiento del objeto principal, que no es otro que la prestación de planes de salud adicionales a los servicios del POS.

Para demostrar que la gestión del plan integral de salud contratado con TELECOM no constituye un plan adicional de salud, las apelantes manifestaron que no la prestaron directamente sino mediante un consorcio integrado con POS SALUD LTDA., amparadas en el literal k) del artículo 9 del Decreto 452 de 2000, el cual atribuye a la Superintendencia la función de establecer la forma como las entidades de aseguramiento pueden celebrar consorcios con el fin de dar cumplimiento a las normas legales que rigen su actividad en cuanto a sujetos vigilados; norma que no pudieron violar las demandantes porque la función que atribuye a la Superintendencia no se había ejercido.

Con este argumento suponen que las empresas de medicina prepagada pueden desarrollar su actividad mediante consorcios aunque la Superintendencia no haya reglamentado esa modalidad de prestación de servicios.

Para la Sala, ese criterio resulta errado porque el hecho de que las empresas mencionadas sean de naturaleza privada, al igual que el servicio que prestan, no significa que puedan desarrollar sus actividades conforme a su libre arbitrio, pues se trata de un servicio privado de salud de interés público, que en todo caso está sujeto a las previsiones del artículo 49 constitucional, de acuerdo con el cual *“corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes (...). También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control”*.

Precisamente para cumplir esas funciones, el Estado reguló las empresas de medicina prepagada mediante los Decretos Reglamentarios 1570 de 1993, 1485 de 1994 y 1890 de 1995 y 806 de 1998, entre otras disposiciones. Y reguló la vigilancia y control frente a su actividad mediante Decreto 452 de 2000, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud.

Los artículos 8-25 y 9 de este último decreto facultó a la Superintendencia mencionada para autorizar el funcionamiento de EPS, ARS y entidades de medicina prepagada y entre otras, para *“Decidir sobre la forma como las entidades de aseguramiento pueden celebrar convenios, asociaciones o consorcios con el fin de dar cumplimiento a las normas legales que rigen su actividad en cuanto a sujetos vigilados”* (literal k mencionado por las apelantes).¹³

De acuerdo con la norma subrayada, la competencia para **decidir** sobre la forma como las entidades de aseguramiento -entre ellas las de medicina prepagada-, pueden celebrar convenios, asociaciones o consorcios para cumplir las normas legales que rigen su actividad, corresponde a la Superintendencia y no a las entidades vigiladas.

¹³ Otros artículos del decreto 452 de 2000 se refieren a las empresas de medicina prepagada. Así, el artículo 15 *ibídem* atribuye a la Dirección de Protección y Atención al Usuario la función de j) Ejercer inspección, vigilancia y control sobre los planes de medicina prepagada (literal j); el artículo 16 le atribuye a la Dirección de Calidad de la Atención en Salud la función de “d) Aprobar los planes y contratos de medicina prepagada; e) Aprobar los planes adicionales y demás que operen en el Sistema de Seguridad Social en Salud ofrecidos por las empresas promotoras de salud o cualquier entidad que desee hacerlo, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente exigibles a las empresas de medicina prepagada (...)”.

Significa lo anterior, que mientras la Superintendencia no profiriera el régimen de asociación o consorcio entre las entidades mencionadas y no autorizara la prestación de servicios mediante éstos mecanismos, no podían prestarlos para desarrollar su objeto social.

Las apelantes reconocen que para la fecha en que celebraron contratos de consorcio para prestar servicios de salud a TELECOM y cuando de hecho contrataron con éste la gestión de dichos servicios, la Superintendencia no había regulado la materia, **de donde se concluye que las empresas demandantes no podían contratar la prestación de servicios mediante la figura del consorcio y la Superintendencia no podía aprobarlos.**¹⁴

Si bien la Ley 80 de 1993 autoriza por vía general, la utilización de la figura jurídica del consorcio para que distintos contratistas aúnen esfuerzos y repartan entre ellas las distintas actividades a que las obliga el objeto de un contrato estatal, las demandantes no podían apoyarse en esta figura porque desconocerían que los servicios a su cargo están regulados de manera especial por la ley y ésta condiciona la utilización de dicha figura a la regulación y autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud

Esta es la razón por la que no son de recibo los argumentos de las apelantes, orientados a demostrar que la aplicación de la figura del consorcio utilizado para contratar servicios con Telecom permitía separar su obligación de prestar servicios contenidos en el plan debidamente autorizados por la Superintendencia Nacional de Salud, de la obligación de prestar servicios que no hacían parte de los planes adicionales de salud no autorizados por dicha entidad, que por virtud del consorcio estarían a cargo de otra de las entidades consorciadas, o de terceros que éstas contrataran ante el reconocimiento explícito de que ninguna de ellas tenía incluidos dichos servicios en sus PAS autorizados por la Superintendencia.

- Las apelantes insistieron en que el plan integral de salud contratado con TELECOM no constituye un plan adicional de salud porque **no tenía el carácter**

¹⁴ Las formas de asociación o alianzas estratégicas para la prestación del servicio de salud apenas vinieron a ser reguladas por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Circular Externa No. 67 de 27 de diciembre de 2010, publicada en el Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010.

opcional y voluntario que legalmente los caracteriza, sino obligatorio por virtud de la convención colectiva celebrada entre TELECOM y sus sindicatos que la forzaban a contratar la servicios de servicios de salud denominado plan integral de salud a favor de los trabajadores y pensionados, y de sus beneficiarios, así como de los Decretos Leyes 2201 de 1987 y 2123 de 1992 que garantizaron a favor de éstos condiciones especiales de asistencia integral en salud.

El argumento anterior no es de recibo, porque atribuye un significado errado al carácter no obligatorio de los planes adicionales de salud.

En efecto, el artículo 17 del Decreto 806 de 1998 establece que “dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud **pueden prestarse beneficios adicionales** al conjunto de beneficios a que, tienen derecho los afiliados como servicio público esencial en salud, que no corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad. Estos beneficios se denominan Planes Adicionales de Salud y son financiados con cargo exclusivo a los recursos que cancelen los particulares”.

De acuerdo con esta norma es claro que el Estado no está obligado a prestar ni a financiar los servicios incluidos en los planes adicionales de salud.

El artículo 18 ibídem define el plan de atención adicional como “aquel conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria. El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias”.

Los beneficios de los planes adicionales de salud son opcionales y voluntarios, **en el sentido de que la Ley 10 de 1990 y la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, no obligan a quienes tienen capacidad de pago a tomarlos. La única afiliación que tiene carácter obligatorio es la que debe realizarse a las empresas promotoras de salud del régimen contributivo, por parte de quienes tienen capacidad económica para hacerlo.**

El carácter opcional, no obligatorio, del plan adicional de salud, no se pierde por el hecho de que un empleador, mediante acuerdo con sus sindicatos, decida

prestarle a sus empleados y pensionados servicios adicionales al POS contributivo.

En una situación como la planteada es claro que **la decisión de incluir esa prestación en una convención colectiva surge de un acuerdo de voluntades** de las partes de la convención, no de una obligación legal.

Precisamente los derechos convencionales a disfrutar de un plan adicional de salud a cargo del empleador tienen carácter **extralegal**.

En suma, TELECOM estaba obligado constitucional y legalmente a afiliar a sus trabajadores y pensionados a una empresa promotora de salud – EPS que les garantizara los beneficios del POS contributivo; pero no estaba obligado a afiliarlos como beneficiarios de un plan adicional de salud; esto último lo hizo porque voluntariamente accedió a ello cuando celebró una convención colectiva con los sindicatos.

Cosa distinta es que TELECOM estuviera obligada a cumplir con lo pactado en la convención colectiva.

- Las apelantes aseguran, por otra parte, que el plan integral de salud que contrató con TELECOM en cumplimiento de una convención colectiva mediante la figura de un consorcio, no es un plan adicional de salud porque no cumple con la exigencia de los artículos 17 y 18 del Decreto 806 de 1998 de que estén financiados exclusivamente por los afiliados.

Este argumento no es de recibo porque las normas mencionadas no establecen en parte alguna que los planes se financien por los afiliados. En realidad utilizan tres expresiones distintas para señalar a quién corresponde la carga de financiarlos.

El artículo 17 mencionado señala inicialmente que no corresponde garantizar al Estado los beneficios adicionales al conjunto a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial en salud; y posteriormente que “son financiados con cargo exclusivo a los recursos que cancelen los particulares”. El artículo 18 ibídem establece que dichos planes son “financiados con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria”.

El artículo 17 pareciera exigir que sean siempre particulares quienes financien los planes adicionales de salud, e impedir que una entidad pública pudiera hacerlo.

Pero ese sentido resulta desvirtuado por el artículo 18 según el cual los planes adicionales deben financiarse con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria, requisito que cumplen las entidades públicas cuando por virtud de una convención colectiva decida afiliar a sus trabajadores a una empresa de medicina prepagada y financiar el plan adicional con recursos distintos de los de la cotización obligatoria que debe pagar en el régimen contributivo.

Para desvirtuar la pretensión de las apelantes de que los planes adicionales de salud deben estar siempre financiados con recursos de los afiliados, conviene anotar que algunas normas reguladoras de las empresas de medicina prepagada distinguen entre las figuras del contratante y de los beneficiarios.

La expresión que mejor define la carga de la financiación de los planes adicionales de salud, es aquella que se refiere a que se trata de recursos diferentes a los de la cotización obligatoria.

En efecto, las normas que regulan las empresas de medicina prepagada en parte alguna prohíben que éstas puedan prestar esos servicios cuando el contratante sea un empleador en cumplimiento de obligaciones de tipo convencional.

El **Decreto 1570 de 1993**, modificado por el **Decreto 1486 de 1994**, reglamentó el servicio de medicina prepagada establecido en la Ley 10 de 1990, como “el sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme el presente decreto, para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado”.

Definió al **usuario, beneficiario o afiliado** como la “persona con derecho a los servicios contratados”; al **contratante** como la persona que suscribe un contrato de servicios con una empresa de medicina prepagada, bien para su exclusivo beneficio, para beneficio de terceros o para beneficio de uno y otros; y al **contrato de servicios** como el “documento que suscriben las empresas de medicina prepagada con los contratantes, para regular los derechos y las obligaciones derivados de la gestión de los servicios de medicina prepagada”.

La posibilidad de que el contratante de un plan de medicina prepagada sea un empleador y que los beneficiarios sean sus trabajadores ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Corporación. Para demostrarlo basta con señalar que mediante sentencia del 13 de agosto de 2009, expediente 16217, la Sección Cuarta manifestó:

“La deducción por pago de medicina prepagada fue rechazada porque la Administración consideró que no reunía los requisitos consagrados en el citado artículo 107 del [Estatuto Tributario](#).

Observa la Sala que los pagos en medicina prepagada que realiza el empleador para sus trabajadores encuadran dentro de la definición de pago laboral indirecto que trae el Decreto Reglamentario 3750 de 1986 en su artículo 5º, el cual consagra que “constituyen pagos indirectos hechos al trabajador, los pagos que efectúe el patrono a terceras personas, por la prestación de servicios o adquisición de bienes destinados al trabajador o a su cónyuge, o a personas vinculadas con él por [parentesco](#) siempre y cuando no constituyan ingreso propio en cabeza de las personas vinculadas al trabajador y no se trate de cuotas que por ley deban aportar los patronos a entidades tales como el Instituto de Seguros Sociales, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las Cajas de Compensación Familiar”.

Toda vez que esta definición fue establecida para efectos del procedimiento aplicable para realizar la [retención en la fuente](#), el legislador agregó que “Se excluyen los pagos que el patrono efectúe por concepto de educación, salud y alimentación en la parte que no exceda el valor promedio que se reconoce a la generalidad de los trabajadores de la respectiva empresa por tales conceptos y siempre y cuando correspondan a programas permanentes de la misma para con los trabajadores”.

De las consideraciones anteriores, se concluye que los apelantes no demostraron que los servicios contratados con Telecom a favor de sus trabajadores y pensionados tuvieran naturaleza distinta de los planes adicionales de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Queda en pie la conclusión del a quo según la cual, el contrato mencionado debió cumplir las exigencias del Decreto 1570 de 1993 artículo 15 -4, que regula el funcionamiento de la medicina prepagada, y la Circular externa 077 de 1998 que los actos acusados echaron de menos.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

Tercer motivo de inconformidad de las apelantes.

Las apelantes insistieron en el cargo según el cual, las resoluciones demandadas declararon una responsabilidad objetiva que está proscrita en el derecho administrativo sancionatorio, el cual solo permite imputar responsabilidad como consecuencia de conductas dolosas o culposas, o de la infracción de un precepto jurídico definido previamente por el legislador como merecedor de una pena.

Al decidir este cargo, el a quo manifestó que en materia administrativa la sanción no supone siempre la imputación de dolo o culpa, pues la jurisprudencia admite algunos casos de responsabilidad objetiva por violación de la ley¹⁵, pero que en el sub lite las demandantes fueron sancionadas a título de culpa, para lo cual estableció el tiempo que llevaban prestando servicios y su obligación de conocer las leyes que estaban obligadas a cumplir.

En el caso presente, la conducta endilgada a las demandantes consistió en la prestación de servicios de salud contenidos en el plan integral de salud –Telecom, sin la previa autorización de la Superintendencia Nacional de Salud de conformidad con el artículo 15 del Decreto 1570 de 1993 y la Circular Externa No. 077 de 1998.

Para la Sala es claro que la norma establece una obligación por parte de las empresas de medicina prepagada, consistente en que los planes de salud y los contratos que suscriban estas empresas, deben contar con la aprobación previa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y, por lo tanto, su incumplimiento genera la imposición de una sanción que se traduce en una multa.

Se trata, pues, de una obligación dirigida a las empresas de medicina prepagada, cuyo control y vigilancia está a cargo del Estado, quien a su vez, está encargado de organizar, dirigir y reglamentar el servicio público de salud y, cuyo incumplimiento, se deriva de una responsabilidad objetiva, que excluye elementos como el dolo o la culpa.

De tal manera, que cuando el Estado ejerce dicho control sobre las empresas de medicina prepagada, respecto del cumplimiento de las normas que les imponen obligaciones, requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la subjetividad.

¹⁵ En materia cambiaria. Sent. Diciembre 12 /06. Exped 1999 – 9006. M.P. Doctor Germán Ayala Mantilla.

Al respecto ha sido criterio jurisprudencial de esta jurisdicción el considerar que el ejercicio del poder sancionatorio en cabeza del Estado, encuentra su límite propio en el respeto a los principios y garantías que informan el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Ha de considerarse que en este caso no es procedente el análisis de elementos de orden subjetivo relacionados con la conducta del infractor, puesto que la imposición de la sanción atiende a la verificación de la comisión de una infracción dispuesta en el artículo 15 del Decreto 1570 de 1993 y la Circular Externa No. 077 de 1998, por lo que, una vez, se encuentre demostrada la realización de los supuestos fácticos establecidos en estas normas, es procedente la imposición de la sanción.

Lo anterior, en tanto que la propia Constitución establece que le corresponde al Estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control a través de la Superintendencia. Por consiguiente, teniendo en cuenta que la sanción impuesta es de orden monetario y que el cumplimiento de la norma es esencial para que se cumplan las políticas para la prestación del servicio de salud por entidades privadas, la Administración se encuentra facultada para imponer la sanción respectiva una vez encuentre demostrado el incumplimiento del deber establecido en la norma.

Por lo tanto, la Sala considera que no es aplicable en este caso la responsabilidad subjetiva, pues se trató de un requisito legal que debían cumplir las demandantes y su incumplimiento, se reitera, generó una sanción sin quedar condicionado al dolo o a la culpa, lo que no implica que no daba respetarse el procedimiento para la imposición de la multa.

Conforme a lo expuesto, el cargo no prospera.

Otros motivos de inconformidad de las apelantes.

Las apelantes insistieron en el cargo según el cual, en los actos acusados falta toda motivación sobre la naturaleza, cuantía, procedencia y dosificación de la multa impuesta y que la Superintendencia de Salud violó el principio de favorabilidad previsto en el artículo 29 superior porque no aplicó el Decreto 452 del 14 de marzo de 2000, como correspondía y, en su lugar, aplicó una norma derogada contenida en el Decreto 1259 de 1994.

Manifestaron que el Decreto 452 se publicó en el Diario Oficial número 43.944 del 22 de marzo de 2000 por lo que sus disposiciones cobraron vigencia en esa fecha, salvo las referidas a su organización interna y planta de personal, que por mandato del artículo 24 ibídem continúan rigiendo hasta cuando se adopte la nueva planta de personal.

Afirmaron que al aplicar una sanción de 250 salarios mínimos mensuales legales vigentes con fundamento en el Decreto 1259 de 1994, la demandada aplicó una norma derogada y una sanción excesiva, pues con arreglo a la disposición vigente únicamente es posible imponer multas que no superen 10.000 salarios mínimos diarios legales vigentes, cuantía notoriamente inferior a 1.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tope dispuesto por la legislación derogada.

Consideran que la decisión del a quo de negar prosperidad a este cargo es errada porque se fundó en el criterio equivocado de que la norma aplicable al caso era el Decreto 1259 de 1994.

Estudio y decisión.

Para decidir este cuestionamiento conviene anotar que los actos acusados invocaron como fundamento legal el Decreto 1259 de 1994, el cual disponía lo siguiente en lo concerniente al régimen sancionatorio aplicable a las entidades vigiladas:

“Artículo 5º. Funciones y facultades de la Superintendencia Nacional de Salud. Los objetivos antes señalados los desarrollará la Superintendencia Nacional de Salud mediante el ejercicio y desarrollo de las siguientes funciones y facultades:

(..) 23. Imponer a las instituciones respecto de las cuales tenga funciones de inspección y vigilancia, a los administradores, empleados revisor fiscal de las mismas, previa solicitud de explicaciones, multas sucesivas hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción a favor del Tesoro Nacional, cuando desobedezcan las instrucciones u órdenes que imparta la Superintendencia. Esta facultad excluye conforme a las disposiciones legales a los funcionarios de elección popular.

24. Imponer en desarrollo de sus funciones, las siguientes sanciones:

a) Amonestación escrita;

b) Multas sucesivas graduadas según la gravedad de la falta, a los representantes legales y demás funcionarios de las entidades vigiladas,

entre cien (100) y mil (1.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria, y

c) Multas sucesivas a las entidades y organismos vigilados hasta por una suma equivalente a diez mil (10.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria.

(...) Artículo 12º. Funciones particulares de las direcciones. Además de las funciones de carácter general que le corresponden a todas las direcciones, cumplirán las siguientes de acuerdo con su naturaleza:

1. DE LA DIRECCION GENERAL PARA EL CONTROL DE LAS RENTAS CEDIDAS. La Dirección General para el control de las rentas cedidas tendrá las siguientes funciones de carácter particular:

(...) c) Sancionar en única instancia a las entidades sujetas a su control y vigilancia de conformidad con las atribuciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud y la distribución de competencias que establezca el Superintendente;(...)

2. DE LA DIRECCION GENERAL PARA EL AREA FINANCIERA DEL SECTOR SALUD.

La Dirección General para el área financiera del Sector Salud tendrá las siguientes funciones de carácter particular:

(...)c) Sancionar en única instancia a las entidades sujetas a su control y vigilancia de conformidad con las atribuciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud y la distribución de que establezca el Superintendente;

3. DE LA DIRECCION GENERAL DE INSPECCION Y VIGILANCIA. La Dirección General de Inspección y Vigilancia tendrá las siguientes funciones de carácter particular:

(...) l) Sancionar en única instancia a las entidades sujetas a su control y vigilancia de conformidad con las atribuciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud y la distribución de competencias que establezca el Superintendente;

4. DE LA DIRECCION GENERAL PARA ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD Y ENTIDADES DE PREPAGO. La Dirección General para entidades promotoras de salud y entidades de prepago tendrá las siguientes funciones de carácter particular:

c) Sancionar en única instancia a las entidades sujetas a su control y vigilancia de conformidad con las atribuciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud y la distribución de competencias que establezca el Superintendente;”

El Decreto 1259 de 1994 fue derogado por el Decreto 452 de 2000,¹⁶ por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, cuyo artículo 25 estableció que “rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

¹⁶ “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud”. Diario Oficial No. 43.944, del 22 de marzo de 2000.

En consecuencia, las normas del Decreto 1259 de 1994 que regían el régimen sancionatorio imponible a las entidades vigiladas, fueron derogadas por el Decreto 452 de 2000 que en esas materias rige desde el 22 de marzo en que fue publicado.

A estas mismas conclusiones llegó la Sala en la sentencia de 27 de agosto de 2009, radicación 25000-23-24-000-2002-00053-01, C. P., MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, mediante la cual se decidió un cargo semejante al que ahora se estudia contra una sanción impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud contra MEDISANITAS S.A.

En esa oportunidad la Sala manifestó lo siguiente:

“...Ahora bien, corresponde a esta Sala determinar si, con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 452 de 2000, por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud, continúan vigentes todas las disposiciones del Decreto 1259 de 1994, incluidas aquellas reglamentarias de las facultades sancionatorias de dicha entidad, conforme a la interpretación que del artículo 24 de aquel cuerpo normativo, viene haciendo la demandada.

Del tenor literal de la normativa precitada [artículos 24 y 25 del Decreto 452 de 2000] se colige en primer lugar, que las disposiciones relativas a la organización interna de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud contenidas en el Decreto 1259 de 1994 continúan vigentes hasta tanto no se adopte la nueva planta de personal en dicha entidad y, por consiguiente, del Decreto 452 de 2000 sólo se encuentran suspendidas aquellas disposiciones relativas a este asunto. Para la Sala, cuando el artículo 24 del Decreto 452 de 2000 se refiere a la «organización interna» de las «funciones» de la Superintendencia Nacional de Salud, hace alusión al esquema de organización mediante el cual éstas se distribuyen en procura de la efectiva prestación del servicio que está a su cargo.

Lo anterior tiene sentido, si se observa que el artículo 6º del Decreto 1259 de 1994 establece el esquema de organización interno de la entidad, es decir, los cargos y empleos públicos de cuyo ejercicio depende el cumplimiento de las funciones que legamente le están asignadas y su desarrollo se encuentra contenido en los artículos 7º, 8º, y subsiguientes del mismo compendio de normas, que determinan las funciones específicas de cada uno de los cargos que contempla el artículo 6º. Dicho esto, para la Sala no cabe duda que las citadas normas, son las disposiciones a que se refiere el artículo 24 del Decreto 452 de 2000, pues ellas regulan como quedó visto, la organización interna de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud. Cosa distinta son las disposiciones reglamentarias de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud, que claramente no se encuentran comprendidas dentro de «la organización interna de las funciones» de dicha entidad, al tenor del artículo 24 bajo análisis. Para la Sala, la

aplicación de la interpretación que la Superintendencia Nacional de Salud ha dado al artículo 24 del Decreto 452 de 2000, hace nugatorios sus efectos, en tanto que los suspende de manera indefinida en el tiempo, hasta tanto no se adopte la nueva planta de personal.

Por lo anterior, es deber de la Superintendencia Nacional de Salud dar aplicación en forma inmediata a las disposiciones relativas a la tasación de las sanciones que le corresponde aplicar contenidas en el Decreto 452 de 2000.”

Esta Corporación en reiteradas oportunidades negó la aplicación del principio de favorabilidad en materia de sanciones administrativas, con el argumento de que el mismo sólo tiene cabida en el derecho penal, según lo prevé el artículo 29 de la Constitución Política y no respecto de sanciones administrativas, cuyos procedimientos, objetivos e intereses tutelados son distintos a los de aquél. Además, ha sostenido que la disposición con base en la cual se impone la sanción administrativa es la vigente en la época de ocurrencia de los hechos y que la norma que consagra una conducta irregular y cuantifica una sanción, que es sustancial, rige hacia el futuro, es decir, para conductas que ocurran después de la vigencia de la ley.

Pese a lo anterior, esta Corporación mediante sentencia de 2 de agosto de 2012¹⁷ precisó que el principio de favorabilidad tiene aplicación como expresión del derecho al debido proceso, cuando se cometen contravenciones administrativas en vigencia de la normatividad antigua y pueden ser sancionados conforme a normas posteriores cuando sean más favorables. Dijo la Sala:

“Como se puede apreciar, el artículo 2º de la Resolución Externa 10 de 2000 establece el procedimiento a seguir para ajustar la posición propia de aquellos intermediarios del mercado cambiario que presenten excesos o defectos como consecuencia del castigo y provisión de sus activos adelantados dentro del proceso de capitalización y fortalecimiento patrimonial; resolución que, aún cuando entró a regir el 5 de julio de 2000, es decir, con posterioridad al período en el que la Superintendencia Bancaria detectó los defectos de posición propia objeto de sanción (abril, mayo y junio de 2000), bien puede ser aplicable al caso concreto, porque lo cierto es que, conforme al documento CONPES 3059 de 6 de diciembre de 1999 y a la Ley 550 de 1999, el IFI fue objeto de un proceso de fortalecimiento patrimonial y de capitalización que ameritó una serie de ajustes a su balance. En efecto, la facultad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria- está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales. Es por ello, que la Corte Constitucional ha

¹⁷ Expediente: 2004-00030 (17939), Actor: Instituto de Fomento Industrial –En Liquidación., M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

dicho que toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una actividad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. Por consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento, deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia. Es decir, que contrario a lo dicho por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), en casos como el presente, sí es procedente dar aplicación al principio de favorabilidad. Cabe señalar que, en este caso, la favorabilidad radica en el término con que cuenta el intermediario del mercado cambiario para ajustarse a los límites de posición propia fijados por la Junta Directiva del Banco de la República, lo que redundaría en la aplicación de la sanción por el exceso o defecto en el nivel de posición propia. Así, como quiera que en el *sub júdice*, para la fecha en que se emitió el pronunciamiento de fondo (Resolución 0149 de 17 de febrero de 2003), la disposición más favorable al IFI se encontraba vigente (Resolución Externa 10 de 2000), para la Sala, la sanción impuesta en los actos demandados no resulta procedente, no porque hubiese disminuido o desaparecido la misma, sino porque, no se configuraban los supuestos de hecho para su procedencia, dado que, el IFI contaba con un término, superior a un día, para ajustar los límites de posición propia detectados por la Superintendencia Bancaria.”

En el presente caso, los hechos que dieron lugar a la sanción, esto es, la celebración de un contrato de prestación de servicios médicos entre las sociedades demandantes y TELECOM ocurrió el 14 de enero de 2000, fecha en la que regía el Decreto 1259 de 1994; sin embargo, el Decreto 452 de 2000 que lo derogó, entró en vigencia el 22 de marzo de ese mismo año, cuando la investigación administrativa aún no había culminado, pues los actos acusados que impusieron la sanción fueron proferidos el 30 de noviembre de la misma anualidad.

Para la Sala, el hecho de que en este caso no se hubiera terminado la investigación administrativa al momento de haberse expedido la norma que invoca como más favorable frente a la que se le aplicó en los actos acusados, da lugar a que en efecto, se dé aplicación al principio de favorabilidad y así garantizar el debido.

Ahora bien, para establecer cuál de los decretos reseñados era aplicable al procedimiento sancionatorio decidido por los actos acusados y, si el segundo de ellos era posterior y favorable, conviene examinar brevemente su contenido:

El numeral 23 del artículo 5º del Decreto 1259 de 1994 en el que efectivamente se fundó la entidad demandada para imponer la multa mediante los actos demandados, estableció lo siguiente:

“Artículo 5o. Funciones y facultades de la Superintendencia Nacional de salud.

*[...] 23. Imponer a las instituciones respecto de las cuales tenga funciones de inspección y vigilancia, a los administradores, empleados o revisor fiscal de las mismas, previa solicitud de explicaciones, multas sucesivas hasta de **1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción a favor del Tesoro Nacional**, cuando desobedezcan las instrucciones u órdenes que imparta la Superintendencia. Esta facultad excluye conforme a las disposiciones legales a los funcionarios de elección popular;
[...]*”

El monto previsto en la norma transcrita es significativamente superior al previsto en el numeral 28 del artículo 8º del Decreto 452 de 2000 aplicable en los procedimientos sancionatorios a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 8. Funciones generales. La Superintendencia Nacional de Salud deberá cumplir las siguientes funciones, sin perjuicio de las que le señalen la Constitución, la ley y demás normas especiales.

[...] 28. Imponer en desarrollo de sus funciones, las siguientes sanciones:

a) Amonestación escrita;

b) Multas sucesivas graduadas según la gravedad de la falta, a los representantes legales y demás funcionarios de las entidades vigiladas, entre cien (100) y mil (1.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria, y

c) Multas sucesivas a las entidades y organismos vigilados hasta por una suma equivalente a diez mil (10.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria.

[...]

Al comparar el tope de la sanción contenida en salarios mínimos **mensuales** en el numeral 23 del artículo 5º del Decreto 1259 de 1994, se advierte que es superior al previsto en salarios mínimos **diarios** por el Decreto 452 de 2000.

Para demostrarlo, basta considerar que en el año 2000 el salario mínimo legal mensual correspondería a 260.100, por lo cual 1000 salarios de este tipo correspondían a \$260.100.000; mientras que 10.000 salarios mínimos diarios

corresponderían a \$ 86.666.666, aproximadamente (esto si se tiene en cuenta que el salario mínimo diario equivalían a \$8.666 aproximadamente).

Conviene, sin embargo, precisar que la multa que se impuso a la demandada no fue el tope máximo de 1000 salarios mínimos mensuales sino de 250, esto es, de \$ 65.025.000, en realidad inferior al tope máximo establecido en salarios mínimos diarios.

Como es evidente que la norma que regía cuando ocurrieron los hechos, esto es, el Decreto 1259 de 1994 era más gravosa para las demandantes que la norma posterior, el Decreto 452 de 2000, que estaba vigente cuando se expidieron los actos demandados, debió aplicarse el segundo decreto, que era la norma posterior y más favorable.

De lo anterior se concluye que, la Superintendencia Nacional de Salud violó el principio de favorabilidad.

Por otra parte, no es de recibo la falta de motivación de la Administración respecto del grado o topes de la sanción como tal, pues el hecho de que el Decreto 452 de 2000, que debió aplicarse al caso, faculte a la Superintendencia imponer multas, pero no establezca los criterios para cuantificarla entre mínimos y máximos posibles, debe entenderse como una facultad relativamente discrecional que debe ejercerse atendiendo los mandatos del artículo 36 del C. C. A., por cuya virtud, *“en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

La jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado establecen que las facultades de este tipo deben ajustarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, además, no deben quedar en el fuero interno de quien sanciona, sino que deben ser explícitos, a efectos de que los administrados puedan ejercer en su contra los controles por vía administrativa y judicial.

Respecto de la graduación de la sanción no puede aducirse o alegarse falta de motivación, pues esta circunstancia sólo es aplicable a la comisión de la infracción y no a los rangos entre los cuales la ley permite a la Administración graduar las sanciones.

Como consecuencia de lo anterior, se revocará la sentencia proferida por el *a quo* en el sentido de declarar la nulidad parcial de los actos acusados, respecto de la graduación de la sanción impuesta en los mismos, para en su lugar, ajustarla de conformidad con el Decreto 452 de 2000. Se confirmará la sentencia apelada, en cuanto a las demás pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

FALLA

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar:

Primero.- DECLÁRASE la nulidad parcial de los actos acusados, en el sentido de ajustar la sanción impuesta a los términos del Decreto 452 de 2000.

Segundo.- DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Tercero.- Reconózcase al doctor MAURICIO FERNANDO JARAMILLO PINZÓN como apoderado judicial de MEDISANITAS S.A., COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA, en los términos en que está conferido el poder que obra a folio 7 del cuaderno No. 2.

Una vez en firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
GONZÁLEZ

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA