

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Sección Primera

En sentencia de 15 de enero de 2003 la Sala analizó la temática concerniente a la distribución de competencias entre la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo y las Secciones respectivas, en relación con las acciones por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional y consignó las consideraciones siguientes: «El Consejo de Estado ejerce sus competencias jurisdiccionales por medio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ya sea en Sala Plena, ya a través de alguna de sus secciones. Tratándose de la decisión de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, el artículo 97-7 del CCA (según fue modificado por el art. 33 de la Ley 446) distribuyó la competencia entre la Sala Plena y las Secciones, reservando a la Sala Plena las concernientes a decretos (i) de carácter general, (ii) cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con el ordenamiento jurídico, y (iii) que no obedezcan a función propiamente administrativa. Cuando el decreto acusado no reúna estas tres condiciones, el fallo corresponde a la Sección respectiva. La Corte Constitucional, en sentencia C-560/99, declaró exequible el aparte del artículo 33 de la Ley 446 que señaló las características que debe reunir un decreto para estar deferido a la Sala Plena. [...]» Como el Decreto 1850 de 2002 fue expedido por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 189-11 de la Constitución Política, que le confiere la potestad reglamentaria, de naturaleza administrativa, el fallo corresponde a la respectiva Sección, en este caso, la Sección Primera.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Regulación constitucional y legal

El artículo 48 de la Constitución Política define la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia. Según esta norma constitucional la Seguridad Social es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La Seguridad Social puede ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. Por su parte, el artículo 49 de la Carta Política dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; disponer la manera como se distribuye la responsabilidad por la prestación de los servicios de salud entre la Nación, las entidades territoriales y los particulares; establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas; y ejercer vigilancia y control sobre las entidades privadas prestadoras de los servicios de salud. La Ley 100 de 1993 regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece los fundamentos que lo rigen, determina lo relativo a su dirección, organización y funcionamiento, en sus aspectos sus normas administrativos, financieros y de control así como las obligaciones que se derivan de su prestación. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías.

REGIMEN CONTRIBUTIVO-Definición; afiliados; cotizaciones

El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. El Gobierno Nacional previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá el monto de la cotización dentro del límite establecido y su distribución entre el Plan Obligatorio de Salud y el cubrimiento de las incapacidades y licencias de maternidad, y la subcuenta de las actividades de promoción de salud e investigación.

REGIMEN SUBSIDIADO-Aplicación de cotización subsidiada; objeto; beneficiarios

El régimen subsidiado por su parte, se aplica a los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando vinculación se hace mediante una cotización subsidiada, total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad (artículo 211 de la Ley 100 de 1993). Su propósito fundamental es financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. La forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Son beneficiarios del régimen subsidiado la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, es decir, sin capacidad de pago, teniendo especial importancia dentro de este grupo, las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidad indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago. (artículos 212, 213 y 257 de la Ley 100 de 1993).

UNIDAD DE PAGO POR CAPITACION-Carácter del subsidio en salud%REGIMEN SUBSIDIADO-Financiación; administración

El carácter del subsidio que podrá ser una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda. Las personas que cumplan con los criterios fijados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como posibles beneficiarios del régimen de subsidios se inscribirán ante la Dirección de Salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio. El régimen subsidiado se financiará con los siguientes recursos: 15 puntos como

mínimo de las transferencias de inversión social destinadas a salud; los recursos propios y aquellos provenientes de Ecosalud que los departamentos y municipios destinen al régimen de subsidios en salud; los recursos del situado fiscal y de las rentas cedidas a los departamentos que se requieran para financiar al menos las inversiones de segundo y tercer nivel del Plan de Salud de los afiliados al régimen subsidiado; los recursos para subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía, y el 15% de los recursos adicionales que a partir de 1997 reciban los municipios, distritos y departamentos como participaciones y transferencias por concepto del impuesto de renta sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana. La administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las EPS que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el POS. El régimen subsidiado se aplica a los afiliados y beneficiarios del SGSSS, cuya vinculación se hace mediante una cotización subsidiada, cuya vinculación se hace mediante una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad. El régimen subsidiado financia la atención de salud a la población más pobre y de los grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. La forma y las condiciones de operación de este régimen son determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y es complementario del sistema de salud regulado por la Ley 10 de 1990.

REGIMEN SUBSIDIADO-Habilitación para administrar recursos%ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Definición; administración; habilitación para administrar%HABILITACION PARA ADMINISTRAR RECURSOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Condicion

El artículo 1° del Decreto 1804 de 1999 ¹ define las ARS así «Entidades Administradoras del régimen subsidiado. Podrán administrar los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Empresas Solidarias de Salud, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud, EPS, de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente Decreto y sean autorizados previamente por la Superintendencia Nacional de Salud». En cuanto concierne específicamente a la administración del régimen subsidiado que constituye la materia regulada por el Decreto 515 de 2004, a que pertenece el aparte acusado «no podrán administrar recursos o planes de beneficios de salud y deberán abstenerse de ofrecer estos servicios», con miras al examen de los cargos es del caso tener en cuenta que las ARS están sujetas a autorización para constituirse y a habilitación para operar, previo cumplimiento de las condiciones y requisitos de operación y de permanencia que el mismo establece. A ese fin el Decreto fija las condiciones para el otorgamiento de la habilitación, en materia de organización, capacidad técnico-administrativa, financiera, tecnológica y científica, y señala los requisitos que deberán acreditar las ARS, tales como (estados financieros debidamente certificados, demostración de la existencia del capital suscrito y pagado y patrimonio bruto). Para el otorgamiento de la habilitación se toma en cuenta, fundamentalmente, la infraestructura operativa del empresario, y su

¹ «Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones» Diario Oficial 43.708 de 1999 (17 de septiembre).

capacidad técnico-administrativa, financiera, tecnológica y científica. Para lo cual debía cumplir con las condiciones de operación y de permanencia.

ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Condición de habilitación; capacidad técnico administrativa; capacidad tecnológica y científica%BOLETIN DE DEUDORES MOROSOS-Toda ARS que aparezca relacionada en él no podrá celebrar contratos de Aseguramiento%CONTRATOS DE ASEGURAMIENTO-Prohibición de celebrarlo con deudores morosos

Las condiciones de operación y permanencia incluyen la capacidad técnico-administrativa, financiera, tecnológica y científica, que se especifican así: a) La capacidad técnico-administrativa se relaciona con la organización administrativa y sistema de información de la respectiva entidad, así como los procesos para el cumplimiento de sus responsabilidades en mercadeo, información y educación al usuario, afiliación y registro en cada área geográfica. Deberán tener en cuenta, como mínimo, las siguientes: (...). b) La capacidad financiera es la requerida para acreditar la capacidad financiera necesaria para garantizar la operación y permanencia de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado. Deberán tener en cuenta, el capital o fondo social mínimo que de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad, garantice la viabilidad económica y financiera de la entidad según lo establecido en las disposiciones vigentes y lo que establezca el Ministerio de la Protección Social en proporción al número de afiliados, y la constitución de una cuenta independiente de sus rentas y bienes para la administración de los recursos del régimen subsidiado, según el caso. Toda ARS que aparezca relacionada en el boletín de deudores morosos, no podrá celebrar contratos de Aseguramiento con los entes territoriales competentes, ni de prestación de servicios de salud con la red pública, hasta tanto no demuestren la cancelación de la totalidad de las obligaciones contraídas con estos, según lo dispuesto por el párrafo 3° del artículo 4° de la Ley 716 de 2001. c) Condiciones de capacidad tecnológica y científica las indispensables para la administración del riesgo en salud, la organización de la red de prestadores de servicios y la prestación de los planes de beneficios en cada una de las áreas geográficas. Deberá tener en cuenta como mínimo las siguientes(...).

ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Condición para revocar la habilitación: sujeción a procedimiento que exige visita anual%DECRETO 515 DE 2004-Legalidad del artículo 17%REVOCACION DE HABILITACION-Administradoras del régimen subsidiado: causales; procedimiento

Conforme a lo expuesto las condiciones para revocar la habilitación de las ARS están ligadas a la prestación del servicio de salud, tales como: (1) la prestación de servicio de salud a través de prestadores de servicios que incumplan con las condiciones de habilitación. (2) la utilización de intermediarios para la organización y administración de la red de prestadores de servicios, en términos diferentes a los establecidos (3) la realización de actividades que puedan afectar la prestación del servicio y el indebido uso de los recursos presupuestales del Sistema General de Seguridad Social, a saber: (1) la realización de operaciones que deriven en desviación de recursos de la seguridad social, (2) la realización de operaciones directas o indirectas con vinculados económicos o la celebración de contratos de muto, créditos, otorgamiento de avales y garantías a favor de terceros (3) realización de actividades que puedan afectar la correcta administración o la seguridad de los recursos del Sistema. La revocación de la habilitación afecta a la entidad en sí misma, considerada como una unidad económica y prestadora del servicio de administración de los recursos del régimen subsidiado porque lo

determinan las deficiencias comprobadas por la Superintendencia Nacional de Salud que afectan su capacidad técnica, operativa y de gestión. Cuando una de las ARS cumple funciones o presta servicios de las E.P.S. e IPS, la revocación de la habilitación desde luego la privará de prestarlos, puesto que las deficiencias técnicas, operativas y de gestión afectan la capacidad operativa de la institución, por ende se extienden a todas las áreas del servicio, pues compromete su solidez y la viabilidad técnica, financiera y operativa. Se reitera que como lo señala el artículo 13 del Decreto 515 de 2004 la Superintendencia Nacional de Salud para revocar la habilitación de las ARS debe realizar un procedimiento administrativo mediante, como mínimo, un monitoreo anual de la entidad habilitada, para evaluar el cumplimiento de las condiciones de permanencia. Conforme a lo anterior la revocación de la habilitación está precedida por un procedimiento administrativo que la garantiza el debido proceso. Además el acto administrativo es demandable en esta jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Concluye la Sala que el aparte del artículo 17 acusado se ajusta a la legalidad al disponer que como consecuencia de la revocación de la habilitación la entidad afectada no podrá administrar recursos o planes de beneficios de salud y deben abstenerse de ofrecerlos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00161-01

Actor: ALEXANDER EDUARDO ASPRILLA FETIVA

Demandado: MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide en única instancia la acción de nulidad ejercida por el ciudadano ALEXANDER EDUARDO ASPRILLA FETIVA contra la frase «*no podrán administrar recursos o planes de beneficios de salud y deberán abstenerse de ofrecer estos servicios*» contenida en el artículo 17 del Decreto 515 de 2004 (20 de febrero) «*por el cual se define el Sistema de Habilitación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado, ARS*» expedido por el Presidente de la República.

I. LA DEMANDA

1. LA NORMA ACUSADA.

Se subraya la expresión acusada:

«DECRETO NÚMERO DE 2004 (febrero 20)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las contenidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el parágrafo del artículo 215 de la Ley 100 de 1993, el artículo 42 numeral 10 de la Ley 715 de 2001 y, el artículo 39 de la Ley 812 de 2003,

DECRETA

[...]

Artículo 17. Las entidades a las que le fuere revocada la habilitación por incumplir cualquiera de las condiciones de habilitación o las conductas previstas en el artículo anterior, no podrán administrar recursos o planes de beneficios de salud y deberán abstenerse de ofrecer estos servicios, sin perjuicio de las sanciones en materia administrativa, fiscal, civil y penal a que hubiere lugar.»

1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Según el actor, la expresión acusada viola los artículos 29 y 229 de la Constitución Política.

El conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados al Sistema de General de Seguridad Social en Salud –SGSSS se brindan en cinco (5) planes de atención en salud del beneficio, el Plan de Atención Básica –PAB, el Plan Obligatorio de Salud –POS, el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado –POS-S y los planes adicionales de salud.

El aparte acusado viola el debido proceso porque extiende la revocación de la habilitación para administrar el régimen subsidiado a planes diferentes a los autorizados cuya habilitación exige otros requisitos y se regula por una normativa diferente. La Sanción únicamente puede comprender la administración de los recursos del régimen subsidiado pues el objeto del Decreto 515 de 2004, a que pertenece la norma acusada, es regular la habilitación de las ARS.

El Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria puede someter el otorgamiento de habilitación a las ARS a determinadas condiciones y disponer que su incumplimiento acarreará la revocación de la habilitación. Sin embargo, para imponer la sanción debe darse estricta observancia al debido proceso y a asegurarse el derecho de acceso a la administración de justicia.

La sanción contemplada en el aparte acusado resulta desproporcionada pues debe circunscribirse a la administración de los recursos del régimen subsidiado y no extenderse a otros planes de beneficios.

II. CONTESTACIÓN

La apoderada del MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL puso de presente que el Decreto 515 de 2004 define el sistema de habilitación de la ARS, y que la sanción mal puede rebasar su campo de aplicación de donde no es cierto que comprenda el PAB, POS o a los Planes Adicionales de Salud cuya habilitación o autorización de funcionamiento se somete a requisitos regulados en otra normativa.

El aparte acusado se fundamenta en el principio de prevalencia del interés general; la sanción es proporcional, razonable y se encamina a garantizar la viabilidad del sistema de seguridad social vetando por la solidez de las entidades prestadoras del régimen subsidiado.

Adujo que compete al legislador, en desarrollo de la función de intervención, determinar el ámbito de libertad de las empresas vinculadas al sector para garantizar la prestación del servicio y la racionalización de recursos.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece dos tipos de afiliados al SSSS, los de los regímenes contributivo y subsidiado, con sus respectivos planes obligatorios de salud para la atención de estos y sus beneficiarios.

Sostuvo que no pueden confundirse los planes obligatorios con la medicina prepagada o los seguros de salud adicionales que es de libre contratación, que ofrecen las entidades con capacidad técnica, científica, administrativa, entre otras.

El Decreto 515 de 2004 regula el sistema de habilitación de las ARS para salvaguardar los recursos presupuestales que estas administran pues mal podría el Estado dejar en manos de malos administradores los dineros del sistema, pues se trata de recursos parafiscales destinados a brindar seguridad social en salud a la población vulnerable.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación conceptúa que es infundado el cargo de violación al debido proceso pues el artículo 16 del Decreto 515 de 2004 establece que compete a Superintendencia Nacional de Salud revocar la habilitación de las ARS y regula los hechos en que procede.

El Decreto 515 de 2004 tiene por objeto definir las condiciones y procedimientos de habilitación y revocación de habilitación, pero solamente respecto de las EARS no así de los demás integrantes del SGSSS.

La sanción de no poder administrar recursos o planes de beneficios de salud y de consiguiente, abstenerse de ofrecer estos servicios, imponible a las EARS incumplan cualquiera de las condiciones requeridas para mantener la habilitación, previamente establecidas en el reglamento, no desconoce el debido proceso porque la antecede una actuación previa en que la Superintendencia Nacional de Salud verifica el incumplimiento de las condiciones de habilitación y con base en los documentos y soportes que le sirvan de prueba, la adopta y en ella se garantiza a la entidad Administradora el derecho de intervenir.

Contra lo afirmado por el actor, al revocarse a una ARS la habilitación para administrar planes de beneficio de salud, no amplía la cobertura, pues las EARS, además de prestar servicios de salud para el régimen subsidiado pueden ofrecer otros planes de beneficio de salud.

La medida adoptada en el aparte acusado salvaguarda los recursos destinados a la prestación del servicio de salud administrados por las EARS para prestar los servicios del régimen subsidiado de salud, habilitadas en atención a que se trata

de los recursos fiscales o de solidaridad que financian la atención en salud de la población mas pobre que no tiene capacidad económica para cotizar.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

El actor reiteró los argumentos de la demanda.

V. CONSIDERACIONES

5.1 La competencia

En sentencia de 15 de enero de 2003 ² la Sala analizó la temática concerniente a la distribución de competencias entre la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo y las Secciones respectivas, en relación con las acciones por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional y consignó las consideraciones siguientes:

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

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

Como el Decreto 1850 de 2002 fue expedido por el Presidente de la República con

² Expedientes acumulados 6414/6424/6447/6452/6453/6522/6523/6693/6714/7057. Actores: Franky Urrego Ortiz y otros.

fundamento en el artículo 189-11 de la Constitución Política, que le confiere la potestad reglamentaria, de naturaleza administrativa, el fallo corresponde a la respectiva Sección, en este caso, la Sección Primera.

5.2 La regulación constitucional y legal de la Seguridad Social en Salud.

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

Según esta norma constitucional la Seguridad Social **es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes**. El Estado, con la **participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura** de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La Seguridad Social puede ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

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

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

La Ley 100 de 1993 regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece los fundamentos que lo rigen, determina lo relativo a su dirección, organización y funcionamiento, en sus aspectos sus normas administrativos, financieros y de control así como las obligaciones que se derivan de su prestación.

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

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

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

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

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

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

Son beneficiarios del régimen subsidiado la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, es decir, **sin capacidad de pago**, teniendo especial

importancia dentro de este grupo, las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidad indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago. (artículos 212, 213 y 257 de la Ley 100 de 1993).

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

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

La administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las EPS que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el POS.

El régimen subsidiado se aplica a los afiliados y beneficiarios del SGSSS, cuya vinculación se hace mediante una cotización subsidiada, cuya vinculación se hace mediante una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad.

El régimen subsidiado financia la atención de salud a la población más pobre y de los grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. La forma y las condiciones de operación de este régimen son determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y es complementario del sistema de salud regulado por la Ley 10 de 1990.

5.3 La habilitación para administrar los recursos del régimen subsidiado.

El artículo 1° del Decreto 1804 de 1999 ³ define las ARS así «Entidades Administradoras del régimen subsidiado. Podrán administrar los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Empresas Solidarias de Salud, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud, EPS, de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente Decreto y sean autorizados previamente por la Superintendencia Nacional de Salud».

En cuanto concierne específicamente a la administración del régimen subsidiado que constituye la materia regulada por el Decreto 515 de 2004, a que pertenece el aparte acusado *«no podrán administrar recursos o planes de beneficios de salud y deberán abstenerse de ofrecer estos servicios»*, con miras al examen de los cargos es del caso tener en cuenta que las ARS están sujetas a **autorización para constituirse y a habilitación para operar**, previo cumplimiento de las condiciones y requisitos de operación y de permanencia que el mismo establece.

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

Para el otorgamiento de la **habilitación** se toma en cuenta, fundamentalmente, la

³ «Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones» Diario Oficial 43.708 de 1999 (17 de septiembre).

infraestructura operativa del empresario, y su capacidad técnico-administrativa, financiera, tecnológica y científica. Para lo cual debía cumplir con las condiciones de operación y de permanencia.

Las condiciones de operación y permanencia incluyen la capacidad técnico-administrativa, financiera, tecnológica y científica, que se especifican así:

a) **La capacidad técnico-administrativa** se relaciona con la organización administrativa y sistema de información de la respectiva entidad, así como los procesos para el cumplimiento de sus responsabilidades en mercadeo, información y educación al usuario, afiliación y registro en cada área geográfica. Deberán tener en cuenta, como mínimo, las siguientes:

i. La estructura organizacional en la cual se identifiquen con claridad las áreas que tienen bajo su responsabilidad, los procesos mediante los cuales se cumplen las funciones de afiliación, registro y carnetización, organización, contratación del aseguramiento y prestación de los servicios del plan de beneficios en condiciones de calidad, administración del riesgo y defensa de los derechos del usuario por cada área geográfica.

ii. El diseño, diagramación, documentación y aprobación de los manuales de procesos y procedimientos para la afiliación y registro de los afiliados; la verificación de las condiciones socioeconómicas de sus afiliados; la promoción de la afiliación al Sistema, el suministro de información y educación a sus afiliados; la evaluación de la calidad del aseguramiento; la autorización y pago de servicios de salud a través de la red de prestadores; y, la atención de reclamaciones y sugerencias de los afiliados.

iii. El diseño y plan operativo para la puesta en funcionamiento de un sistema de información que demuestre la confiabilidad y seguridad del registro, captura, transmisión, validación, consolidación, reporte y análisis de los datos como mínimo sobre los afiliados, incluidos procedimientos de verificación de multifiliados; los recursos recibidos por concepto de la unidad de pago por capitación; la red de prestadores de servicios de salud; la prestación de servicios; la administración del riesgo en salud; el sistema de calidad; y, la información financiera y contable.

iv. El diseño, diagramación, documentación y aprobación de los manuales del

sistema de garantía de calidad de los procesos técnico-administrativos y de aseguramiento.

v. El sistema de comunicación y atención eficiente para que los usuarios conozcan el valor de los pagos moderadores y demás pagos compartidos.

vi. La liquidación de los contratos de administración del régimen subsidiado. Incumplen las condiciones técnico-administrativas de operación las ARS que por causas imputables a ellas, no hayan liquidado los contratos de administración de régimen subsidiado.

b) **La capacidad financiera** es la requerida para acreditar la capacidad financiera necesaria para garantizar la operación y permanencia de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado. Deberán tener en cuenta, el capital o fondo social mínimo que de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad, garantice la viabilidad económica y financiera de la entidad según lo establecido en las disposiciones vigentes y lo que establezca el Ministerio de la Protección Social en proporción al número de afiliados, y la constitución de una cuenta independiente de sus rentas y bienes para la administración de los recursos del régimen subsidiado, según el caso.

Toda ARS que aparezca relacionada en el boletín de deudores morosos, no podrá celebrar contratos de Aseguramiento con los entes territoriales competentes, ni de prestación de servicios de salud con la red pública, hasta tanto no demuestren la cancelación de la totalidad de las obligaciones contraídas con estos, según lo dispuesto por el parágrafo 3° del artículo 4° de la Ley 716 de 2001.

c) **Condiciones de capacidad tecnológica y científica** las indispensables para la administración del riesgo en salud, la organización de la red de prestadores de servicios y la prestación de los planes de beneficios en cada una de las áreas geográficas. Deberá tener en cuenta como mínimo las siguientes:

i. El diseño, documentación y aprobación de los manuales de procesos y procedimientos para la planeación y prestación de los servicios de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

ii. La conformación de la red de prestadores, con servicios habilitados

directamente por el operador primario en la región, adecuada para operar en condiciones de calidad.

iii. El diseño, documentación y aprobación de los manuales de procesos y procedimientos de selección de prestadores, así como de los mecanismos y procedimientos de contratación y de pago a los mismos que procuren el equilibrio contractual, y garanticen la calidad y el acceso a los servicios.

iv. El diseño, documentación y aprobación de los manuales de procesos y procedimientos de referencia y contrarreferencia de pacientes

v. El diseño, documentación y aprobación de los manuales del sistema de garantía de calidad en la prestación de los servicios incluidos en el plan de beneficios.

vi. Los instrumentos, procesos y procedimientos para la evaluación y seguimiento de los indicadores y las variables que alimentan la Nota Técnica del plan de beneficios.

5.4 Caso concreto

El actor considera que la expresión «*no podrán administrar recursos o planes de beneficios de salud y deberán abstenerse de ofrecer estos servicios*» contenida en el artículo 17 del Decreto 515 de 2004 viola los artículos 29 y 229 de la Constitución Política.

Erige el cargo en que la revocación de la habilitación para administrar el régimen subsidiado a planes diferentes a los autorizados viola el derecho al debido proceso porque los distintos planes de atención en salud del beneficio exigen otros requisitos y se regula por una normativa diferente.

Según el artículo 16 del Decreto 515 de 2004 la Superintendencia Nacional de Salud revocará la habilitación de las ARS cuando se verifique el incumplimiento de alguna o algunas de las siguientes condiciones:

1. La provisión de servicios de salud a través de prestadores de servicios, que de acuerdo con el pronunciamiento de la dirección departamental o distrital de

salud incumplan con las condiciones de habilitación.

2. La realización de operaciones que deriven en desviación de recursos de la seguridad social.
3. La realización de operaciones directas o indirectas con vinculados económicos o la celebración de contratos de mutuo, créditos, otorgamiento de avales y garantías a favor de terceros.
4. la utilización de intermediarios para la organización y administración de la red de prestadores de servicios, en términos diferentes a lo establecido en el presente decreto.
5. La realización de actividades que puedan afectar la prestación del servicio, la correcta administración o la seguridad de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud debe realizar como mínimo en forma anual el monitoreo de la entidad habilitada para evaluar el cumplimiento de las condiciones de permanencia y que en caso de verificarse deficiencias o irregularidades en el cumplimiento de tales condiciones, adoptará las medidas a que hubiere lugar.

Conforme a lo expuesto las condiciones para revocar la habilitación de las ARS están ligadas a la prestación del servicio de salud, tales como: (1) la prestación de servicio de salud a través de prestadores de servicios que incumplan con las condiciones de habilitación. (2) la utilización de intermediarios para la organización y administración de la red de prestadores de servicios, en términos diferentes a los establecidos (3) la realización de actividades que puedan afectar la prestación del servicio y el indebido uso de los recursos presupuestales del Sistema General de Seguridad Social, a saber: (1) la realización de operaciones que deriven en desviación de recursos de la seguridad social, (2) la realización de operaciones directas o indirectas con vinculados económicos o la celebración de contratos de mutuo, créditos, otorgamiento de avales y garantías a favor de terceros (3) realización de actividades que puedan afectar la correcta administración o la seguridad de los recursos del Sistema.

La revocación de la habilitación afecta a la entidad en sí misma, considerada como una unidad económica y prestadora del servicio de administración de los recursos del régimen subsidiado porque lo determinan las deficiencias comprobadas por la Superintendencia Nacional de Salud que afectan su capacidad técnica, operativa y de gestión.

Cuando una de las ARS cumple funciones o presta servicios de las E.P.S. e IPS, la revocación de la habilitación desde luego la privará de prestarlos, puesto que las deficiencias técnicas, operativas y de gestión afectan la capacidad operativa de la institución, por ende se extienden a todas las áreas del servicio, pues compromete su solidez y la viabilidad técnica, financiera y operativa.

Se reitera que como lo señala el artículo 13 del Decreto 515 de 2004 la Superintendencia Nacional de Salud para revocar la habilitación de las ARS debe realizar un procedimiento administrativo mediante, como mínimo, un monitoreo anual de la entidad habilitada, para evaluar el cumplimiento de las condiciones de permanencia.

Además que el artículo 1° del Código Contencioso Administrativo dispone que las normas sobre procedimiento administrativo se aplicarán entre otras, a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes.

Conforme a lo anterior la revocación de la habilitación está precedida por un procedimiento administrativo que la garantiza el debido proceso. Además el acto administrativo es demandable en esta jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Concluye la Sala que el aparte del artículo 17 acusado se ajusta a la legalidad al disponer que como consecuencia de la revocación de la habilitación la entidad afectada no podrá administrar recursos o planes de beneficios de salud y deben abstenerse de ofrecerlos.

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

F A L L A :

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 17 de julio de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN