

ADMINISTRACION DEL REGIMEN SUBSIDIADO - Legalidad de su operación por consorcios o uniones temporales de las Cajas de Compensación Familiar / CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR - Legalidad de los consorcios o uniones temporales para la administración del régimen subsidiado / CONSORCIO O UNION TEMPORAL - Legalidad de estas asociaciones para administrar el régimen subsidiado por las Cajas de Compensación

El inciso acusado no hace más recoger una posibilidad que ya viene dada por la Ley 80 de 1993 para contratar con el Estado, y de la cual bien pueden hacer uso las Cajas de Compensación Familiar, CCF, como cualquier otra persona, natural o jurídica, que quiera ser contratista del Estado - en este caso de las entidades territoriales que son las encargadas de seleccionarlas y celebrar los respectivos contratos-, como es la de asociarse o unirse entre varias de ellas, mediante convenios utilizando las modalidades de consorcio o de unión temporal, previstas en la Ley 80 de 1993. Nada de lo dispuesto en las normas invocadas como violadas obsta para que siendo el contrato la forma de vinculación en que las entidades privadas prestan sus servicios de administración del régimen subsidiado en las entidades territoriales, según el artículo 215 de la Ley 100 de 1993, esas formas de asociación puedan utilizarse para el efecto de esos contratos y la consiguiente prestación del servicio, aunque según el artículo 216 ibídem, preferencialmente la administración de los recursos del subsidio se debe hacer con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario tales como las Empresas Solidarias de Salud; menos cuando el artículo 6º de la Ley 80 de 1993 señala que “También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”. De allí que en lo que corresponde a las cajas de compensación familiar (CCF), tal como lo advierte el Ministerio Pública (sic), la Ley 100 de 1993 reconozca la posibilidad de que éstas actúen para prestar el comentado servicio público de salud subsidiada bajo la forma de asociación o convenio entre ellas, dentro de lo cual caben justamente el consorcio o la unión temporal, al prever: (...). Por lo demás, el inciso segundo del artículo 21 del Decreto 515 de 1994 encuadra enteramente en la autorización o facultad que el parágrafo del artículo 215 de la Ley 100 de 1993 le otorgó al Gobierno Nacional en el sentido de que “establecerá los requisitos que deberán cumplir las Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios”, y que le sirve de fundamento al citado decreto. En resumen, no se evidencia que la disposición impugnada sea incompatible o contraria a las normas invocadas en la demanda como violadas y, por el contrario, se observa que se halla conforme con las normas que le sirven de fundamento; de modo que como disposición reglamentaria del artículo 215 de la Ley 100 de 1993, no aparece excediendo este precepto, luego no está demostrado que con ella se incurra en exceso de la facultad reglamentaria que el artículo 189, numeral 11, le otorga al presidente de la República.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., diez (10) de abril de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00163-01

Actor: KAREN PATRICIA AYOS VARGAS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

La Sala decide, en única instancia, la demanda que en ejercicio de la acción instituida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo ha sido interpuesta para que se declare la nulidad parcial de un decreto expedido por el Gobierno Nacional.

I.- LA DEMANDA

La ciudadana **KAREN PATRICIA AYOS VARGAS**, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C. C. A., presentó demanda para que en proceso de única instancia, la Sala acceda a la siguiente

1. Pretensión

Declarar la nulidad del inciso segundo del artículo 21 del Decreto 515 de 20 de febrero de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, “*por el cual se define el Sistema de habilitación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado, ARS.*”, y cuyo texto se resalta a continuación:

“Artículo 21. De la operación conjunta de las Cajas de Compensación Familiar. Las Cajas de Compensación Familiar, CCF, que pretendan actuar como Administradoras del Régimen Subsidiado en forma conjunta, lo podrán hacer mediante la celebración de convenios de asociación, siempre que cuenten conjuntamente con un número mínimo de 200.000 afiliados y cumplan las demás condiciones de habilitación establecidas en el presente decreto. Este requisito se deberá acreditar en un plazo de seis (6) meses contados a partir de la vigencia del presente decreto.

Para tal efecto, las Cajas de Compensación Familiar, CCF, podrán realizar convenios utilizando las modalidades de consorcio o de unión temporal, en los términos establecidos en la Ley 80 de 1993.”

2. - Normas violadas y concepto de la violación

Señala como violados los artículos 13, 48, 49 y 189 de la Constitución Política, porque extiende la aplicación de figuras previstas en la Ley 80 de 1993 a la ley 100 de 1993, excluyendo a las EPS y ESS, que por ley están autorizadas al igual que las cajas para administrar el Régimen Subsidiado, e invadiendo la órbita de competencia del legislador en cuanto a la regulación del servicio público de la seguridad social en salud.

De esta forma el decreto viola los derechos constitucionales a la igualdad, al derecho a la salud y su funcionamiento, por el trato discriminatorio que establece, e incurrió en exceso de la potestad reglamentaria ya que el consorcio o la unión temporal no están incluidas en las entidades que pueden ser autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud señaladas en el artículo 181 de la Ley 100 de 1993.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.- El Ministerio de Protección Social, en representación de la Nación por ser firmante del decreto acusado, manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda, pues el decreto fue expedido con fundamento y cumplimiento de las normas constitucionales y legales pertinentes, entre éstas el artículo 215, parágrafo, de la Ley 100 de 1993, en tanto dispone que el Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las entidades promotoras de salud para administrar los subsidios.

Además, el actor confunde la función constitucional de la prestación de los servicios de seguridad social en salud a cargo del Estado, con la de la contratación administrativa, las cuales no son excluyentes, sino que son complementarias, pues para prestar tales servicios se hace necesario desplegar todos los medios legales al alcance, entre ellos el de la contratación.

Finalmente sostiene que contrario a lo afirmado por la actora, el Ministerio sí tiene la facultad para regular estos asuntos, y propone la excepción de improcedencia de la acción por cuanto la disposición acusada no vulnera ordenamiento constitucional ni legal vigente.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. La apoderada del Ministerio de la Protección Social reitera las razones de la defensa del decreto acusado y advierte que el artículo 42, numeral 10, de la Ley 715 de 2002, le señaló al Gobierno Nacional la obligación de definir en el primer año de su vigencia el sistema único de habilitación, el sistema de garantías de calidad y el sistema único de acreditación de instituciones prestadoras de salud, entidades promotoras de salud y otras instituciones que manejen recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud.

Que para el efecto y la real protección de los derechos de los habitantes del territorio nacional, y en uso de su facultad de intervención, el Gobierno Nacional definió las condiciones mínimas de idoneidad de quienes quieran entrar a competir en la prestación de esos servicios, en procura de la excelencia de los mismos, mediante el decreto acusado.

2.- La actora se reafirma en las acusaciones contra la disposición acusada y comenta que aunque fue modificado o derogado por el Decreto 506 de 2005, continúa teniendo efectos en el presente y a futuro

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante la Corporación advierte que aunque la norma objeto del sub lite fue derogada, no es posible predicar la sustracción de materia, sino que es susceptible de la presente acción; y apoyándose en el artículo 181 de la Ley 100 de 1993 concluye que las cajas de compensación pueden constituirse como EPS y están facultadas para administrar recursos del régimen subsidiado por expresa habilitación del artículo 215 ibídem, sin

que interese el mecanismo para asociarse; y el que utilicen será un contrato entre particulares, de derecho privado, y no un contrato estatal. Por lo tanto, el Gobierno Nacional, en uso de su facultad reglamentaria, podía permitir la operación conjunta a través de la celebración de convenios bajo la modalidad de consorcio o unión temporal. En razón de ello solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

VI.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- La disposición administrativa acusada

Como está reseñado, se trata del artículo 21, inciso segundo, del Decreto 515 de 2004, que a la letra dice:

“Para tal efecto [actuar como Administradoras del Régimen Subsidiado en forma conjunta], las Cajas de Compensación Familiar, CCF, podrán realizar convenios utilizando las modalidades de consorcio o de unión temporal, en los términos establecidos en la Ley 80 de 1993.”

El Decreto Núm. 515 de 20 de febrero de 2004, “*por el cual se define el Sistema de Habilitación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado, ARS*”, fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las contenidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el párrafo 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.

2.- Competencia de la Sala

Se trata, entonces, de un decreto reglamentario de orden nacional, por ende su control jurisdiccional le corresponde a la Sala mediante acción de nulidad, en proceso ordinario de única instancia.

3.- Examen de los cargos

De ese segundo inciso dice la actora que viola los artículos 13, 48, 49 y 189 de la Constitución Política, porque extiende la aplicación de figuras previstas en la Ley 80 de 1993 a la Ley 100 de 1993, excluyendo a las EPS y ESS, que por ley están autorizadas al igual que las cajas para administrar el Régimen Subsidiado, e invadiendo la órbita de competencia del legislador en cuanto a la regulación del servicio público de la seguridad social en salud.

Se observa que todas esas disposiciones son de orden constitucional (artículos 13, 48, 49 y 189), sin que se invoque como violada disposición alguna de orden legal o reglamentario que desarrolle tales cánones supremos, ni siquiera de las leyes en que se funda la expedición del decreto, pues de darse la infracción de una de esas normas constitucionales, ello pasaría por la vulneración de las disposiciones legales que sean pertinentes a la materia de que tratan aquellos, como son las concernientes a la administración del Régimen Subsidiado de Salud.

A lo anterior se ha de agregar que el inciso acusado no hace más recoger una posibilidad que ya viene dada por la Ley 80 de 1993 para contratar con el Estado, y de la cual bien pueden hacer uso las Cajas de Compensación Familiar, CCF, como cualquier otra persona, natural o jurídica, que quiera ser contratista del Estado - en este caso de las entidades territoriales que son las encargadas de seleccionarlas y celebrar los respectivos contratos-, como es la de asociarse o unirse entre varias de ellas, mediante convenios utilizando las modalidades de consorcio o de unión temporal, previstas en la Ley 80 de 1993.

Nada de lo dispuesto en las normas invocadas como violadas obsta para que siendo el contrato la forma de vinculación en que las entidades privadas prestan sus servicios de administración del régimen subsidiado en las entidades territoriales, según el artículo 215 de la Ley 100 de 1993, esas formas de asociación puedan utilizarse para el efecto de esos contratos y la consiguiente prestación del servicio, aunque según el artículo 216 ibídem, preferencialmente la administración de los recursos del subsidio se debe hacer con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario tales como las Empresas Solidarias de Salud; menos cuando el artículo 6º de la Ley 80 de 1993 señala que “También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”.

De allí que en lo que corresponde a las cajas de compensación familiar (CCF), tal como lo advierte el Ministerio Pública, la Ley 100 de 1993 reconozca la posibilidad de que éstas actúen para prestar el comentado servicio público de salud subsidiada bajo la forma de asociación o convenio entre ellas, dentro de lo cual caben justamente el consorcio o la unión temporal, al prever:

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

(...)

*c) Las entidades que por efecto de la **asociación o convenio** entre las Cajas de Compensación Familiar o la existencia previa de un programa especial patrocinado individualmente por ellas se constituyan para tal fin;”* (Negrillas de la Sala)

Por lo demás, el inciso segundo del artículo 21 del Decreto 515 de 2994 encuadra enteramente en la autorización o facultad que el párrafo del artículo 215 de la Ley 100 de 1993 le otorgó al Gobierno Nacional en el sentido de que “establecerá los requisitos que deberán cumplir las Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios”, y que le sirve de fundamento al citado decreto.

En resumen, no se evidencia que la disposición impugnada sea incompatible o contraria a las normas invocadas en la demanda como violadas y, por el contrario, se observa que se halla conforme con las normas que le sirven de fundamento; de modo que como disposición reglamentaria del artículo 215 de la Ley 100 de 1993, no aparece excediendo este precepto, luego no está demostrado que con ella se incurra en exceso de la facultad reglamentaria que el artículo 189, numeral 11, le otorga al presidente de la República; de allí que en consonancia con el concepto del Ministerio Público se deban negar las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

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

FALLA

NIEGASE la nulidad del inciso segundo del artículo 21 del Decreto 515 de 20 de febrero de 2004, “por el cual se define el Sistema de Habilitación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado, ARS.”, solicitada por la ciudadana **KAREN PATRICIA AYOS VARGAS**.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 10 de abril de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFIA SANZ TOBON

