

ACCION DE NULIDAD - Decreto reglamentario / ACTO ADMINISTRATIVO - Noción / DECRETO REGLAMENTARIO- Acto administrativo general

La revisión de la naturaleza del Decreto demandado es un aspecto fundamental, toda vez que, la normatividad vigente concibe a la acción de nulidad solamente frente a actos administrativos, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o a un grupo determinado o indeterminado de ellos sin contar con la anuencia de éste o éstos. En este sentido, vale la pena insistir -pues este aspecto ya se indicó en el numeral anterior- en que los Decretos Reglamentarios, es decir los proferidos por el Presidente de la República en desarrollo del contenido del numeral 11 del artículo 189 constitucional, son típicas expresiones de la función administrativa y, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general. En consecuencia, la capacidad de trazar efectivas reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estos decretos, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello. En el caso objeto de análisis, no cabe duda de la naturaleza reglamentaria del Decreto demandado, no solo por que en su motivación se hace expresa alusión a la función reglamentaria (artículo 189 numeral 11 constitucional) sino, porque también, de su simple lectura se deriva la verificación de unas reglas de juego impuestas por el Presidente de la República en su condición de suprema autoridad administrativa, cuyo soporte normativo se encuentra en algunas disposiciones de orden constitucional y legal. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero

SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Concepto / SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Derecho social / SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Servicio público / SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Prestación / SERVICIOS PUBLICOS - Prestación

La Seguridad Social en salud, detenta una configuración bien particular en la Constitución Política: Es un derecho social o de segunda generación y es un servicio público. Si bien, de esto se deriva un rol fundamental del Estado, ello no significa que éste sea su prestatario único, toda vez que como servicio público que es, se le aplica la regla general de que puede ser prestado también por los particulares, en los términos establecidos por la ley; e inclusive, de manera específica el artículo 48 constitucional indica que, “La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”. La posibilidad de que los servicios públicos sean prestados por particulares, a más de por el Estado (como era tradición en el derecho colombiano), es sin duda alguna, una de las grandes novedades de la Carta Política de 1991, que se conoce como “liberalización” o “libre entrada”. De este cambio, se deriva de manera indudable, una connotación económica de los servicios públicos, que supone la posibilidad de obtener rendimiento con su prestación, sin importar si ésta es desarrollada por agentes públicos o privados. Esta connotación implica el reconocimiento de unos derechos y libertades de esta naturaleza, a los prestadores de los servicios

públicos domiciliarios, especialmente aquellos que se engloban tradicionalmente bajo el rótulo de “libertad económica”, es decir, libertad de iniciativa privada, de empresa, y libre competencia. Esta revisión constitucional resulta de suma importancia en el caso objeto de análisis, toda vez que, como se advirtió, uno de los aspectos cuestionados por el actor, es justamente, la violación del derecho a la libertad económica, de los agentes del servicio de seguridad social en salud, con ocasión de la intervención del Estado, a través de la cual se limitaron los plazos de pago en los contratos y la modalidad ya aludidos.

LIBERTAD ECONOMICA - Derecho / DERECHO LIBERTAD ECONOMICA - Límites / PRESTACION DE SERVICIO PUBLICO - Libertad económica

La libertad económica comprendida como derecho, ha tenido una evolución histórica de la mano de la transición del Estado liberal de derecho al Estado Social y de derecho. En efecto, si bien desde una óptica liberal se trataba de un derecho casi absoluto, en el marco de un Estado Social y de derecho como el colombiano, encuentra unos límites, como son el “bien común”, “el interés social”, “el ambiente”, “el patrimonio cultural de la Nación”, y la “función social” que orienta el ejercicio de la libertad de empresa. Estos límites, los encuentra cualquier agente que pretenda desarrollar una actividad económica sin importar su naturaleza, de modo que quien decida prestar servicios públicos debe someterse a ellos. Lo que acontece tratándose de esta modalidad de actividad económica (servicios públicos), es que los límites que se deben observar son aún mayores, toda vez que la Constitución Política no se limitó a atribuir a los servicios públicos una connotación económica, sino que además indicó que estos eran “inherentes a la finalidad social del Estado”, así como, que “es deber del Estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”. Como se observa entonces, el desarrollo de todas las actividades económicas, implica la observancia de unos límites, solo que en materia de servicios públicos, estos deben ser aún más incisivos, dadas la connotaciones económica y social que estas actividades detentan al interior de la Constitución Política de 1991. Como consecuencia de la observancia de los límites aludidos, le es viable al Estado intervenir cualquier actividad económica y con mayor razón e intensidad, aquellas calificadas como servicios públicos. Esta intervención como se verá más adelante, se puede valer de unos instrumentos, celosamente referidos por la Carta Política, y sin duda alguna puede tener ingerencia en la órbita contractual de los agentes prestadores de los servicios públicos.

LIBERTAD ECONOMICA - Límites. Reserva legal / RESERVA LEGAL - Límites a la libertad económica

En materia de establecimiento de límites a la libertad económica y por ende a los derechos que esta comprende: libertad de iniciativa privada, de empresa y de competencia; el constituyente ha establecido que para estos, existe reserva de ley en los siguientes términos: “para su ejercicio (actividad económica e iniciativa privada) nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”; “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” (artículo 333 constitucional); “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.” (artículo 334 constitucional) y en la función del

Congreso de la República de “expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica” (numeral 21 del artículo 150 constitucional). La consagración de estas hipótesis de reserva de ley, encuentra fundamento entonces, en la naturaleza de derecho que detenta la libertad económica, y el celo del constituyente, inspirado de manera básica en el principio democrático, consistente en que los límites que se le impongan al mismo, sean establecidos por el órgano público que detenta mayor legitimidad en este sentido.

SEGURIDAD SOCIAL - Reserva legal. Derecho a la libertad económica / DERECHO A LA LIBERTAD ECONOMICA - Seguridad social. Reserva legal

No solo la comprensión de la seguridad social como servicio público (no domiciliario por supuesto) comportaría la existencia de la reserva legal aludida, sino que además de manera específica la Constitución Política así lo establece. Situación ésta, que en consonancia con lo prescrito en el numeral 21 del artículo 150, delimita la intervención del Estado en la economía, en lo que respecta a los instrumentos normativos que se deben utilizar al respecto, ya que solamente pueden ser usadas leyes (en un sentido formal) o actos normativos que detenten la fuerza de ésta. No existen dudas, entonces, de que los límites que se impongan al derecho a la libertad económica, propio de los agentes que prestan el servicio público de seguridad social, como aquellos relativos a sus contratos, deben ser establecidos por la ley (o un acto que detente su fuerza normativa) y no le es viable hacerlo al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2006-00013-01(32690)

Actor: DONELLY CORTES TARAZONA

Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el actor contra unos apartes del artículo 9 del Decreto Reglamentario 3260 de 7 de octubre de 2004.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Sin perjuicio de la naturaleza de acto administrativo que detente el decreto demandado, la cual será analizada más adelante, se discute la conformidad con el ordenamiento jurídico de unos apartes del artículo 9 del Decreto Reglamentario 3260 de 7 de octubre de 2004 proferido por el Presidente de la República, la Viceministra General de Hacienda y Crédito Público, encargada de las funciones del despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público, y el Ministro de Protección Social. Los fragmentos que se demandan son los que se subrayan a continuación¹:

**“MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
DECRETO NÚMERO 3260
DE 2004
(Octubre 7)**

Por el cual se adoptan medidas para optimizar el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las establecidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y por el artículo 154 literal g), de la Ley 100 de 1993; en concordancia con los artículos 64, 96 y 107 de la Ley 715 de 2001, 7, 11 y 12 del Decreto Ley 1281 de 2002 y 54 de la Ley 812 de 2003,

DECRETA:

Artículo 9°. *Reglas para el pago en los contratos por conjunto integral de atención, pago por evento u otras modalidades diferentes a la capitación en regímenes contributivo y subsidiado. En los contratos donde se pacte una modalidad de pago diferente a la capitación, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, las EPS o ARS y las IPS se sujetarán al siguiente procedimiento de trámite y pago de las cuentas:*

¹ Obra en el expediente el original del Diario Oficial No. 45.695 de 8 de octubre de 2004 que contiene el texto integral del Decreto Reglamentario demandado. Folios 23 a 40.

1. Las ARS y las EPS deberán recibir facturas de las instituciones prestadoras de servicios de salud como mínimo durante los veinte (20) primeros días calendario del mes siguiente al que se prestaron los servicios, incluido el mes de diciembre, de conformidad con la jornada habitual de trabajo de sus oficinas administrativas en los días y horas hábiles. La presentación de la factura no implica la aceptación de la misma.

Para la radicación y presentación de facturas, las ARS o EPS, no podrán imponer restricciones que signifiquen requisitos adicionales a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera y la demostración efectiva de la prestación de los servicios en salud.

2. Las ARS o EPS contarán con treinta (30) días calendario contados a partir de la presentación de la factura para adoptar uno de los siguientes comportamientos que generarán los correspondientes efectos aquí descritos:

a) Aceptar integralmente la factura: En este evento se procederá al pago del ciento por ciento (100%) de la factura dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a los treinta (30) días iniciales;

b) No efectuar pronunciamiento alguno sobre la factura: En este evento se efectuará el pago del cincuenta (50%) del valor de la factura dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de los treinta (30) días iniciales. Si trascurrido el término de cuarenta (40) días calendario a partir de la radicación de la factura, no efectúa pronunciamiento alguno, deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) restante dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de este término;

c) Formular glosas a la factura: En este evento se procederá al pago de la parte no glosada dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de los treinta (30) días iniciales.

3. Cuando se formulen glosas a la factura la IPS contará con treinta (30) días calendario para responderlas. Una vez respondidas las glosas la ARS o EPS contará con cinco (5) días calendario para proceder al pago de los valores que acepta y dejar en firme las glosas que considere como definitivas.

4. En aquellos eventos en que existan glosas definitivas por parte de la ARS o EPS las partes acudirán a los mecanismos contractuales o legales

previstos para la definición de las controversias contractuales surgidas entre las partes.

Parágrafo 1°. Las IPS no tendrán derecho a la aplicación del literal b) del presente artículo, cuando la EPS o ARS haya formulado glosas que en el promedio de los últimos seis (6) meses superen el cincuenta por ciento (50%) del valor de las facturas o cuentas de cobro radicadas.

Parágrafo 2°. Las EPS y ARS podrán pactar plazos inferiores a los establecidos en el presente artículo.

II. LAS NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS POR EL DEMANDANTE Y SU CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como normas violadas, el actor indicó²:

Constitución Política: Artículo 189, numeral 11; 333; 334; 150 numeral 21; 6; y 121.

Código Civil: Artículo 1523 en consonancia con los artículos 1602 y 1741; y 1627.

La sustentación de la violación, la presentó a través de seis inconformidades, correspondientes a cada una de las disposiciones aludidas, que se pasan a sintetizar así:

Indicó que se había violado el **numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política**³, relativo a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, al haberse establecido unos límites temporales para los pagos derivados de unos contratos, que las leyes reglamentadas no contemplaban.

² Las disposiciones alegadas como violadas, se presentan en el mismo orden en que lo hizo el actor en la demanda.

³ El texto integral de este artículo es: "Corresponde al Presidente de la república como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:" (...) "11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes."

Al respecto indicó que los apartes del acto administrativo demandados, establecían unos plazos máximos para el pago del precio de los contratos que se celebraren entre las EPS y las ARS, con las IPS para la prestación de los servicios de salud de sus afiliados⁴. Agregó que las normas superiores reglamentadas por el Decreto 3260 de 2004 (“artículo 154 literal g, de la Ley 100 de 1993; en concordancia con los artículos 64, 96 y 107 de la Ley 715 de 2001, 7, 11 y 12 del Decreto Ley 1281 de 2002 y 54 de la Ley 812 de 2003”) no contenían dichos límites y por ende la potestad reglamentaria se había excedido. Finalmente, adujo que en caso de establecerse plazos para estos pagos, por vía reglamentaria, ellos debían ser supletivos y no imperativos, en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En lo relativo a la supuesta violación del **artículo 333 de la Constitución Política**⁵, indicó que de la libertad económica en él contenida, se derivaba la autonomía de la voluntad, la cual si bien podía limitarse, debía serlo a través de un instrumento legal y no reglamentario.

Para sustentar la violación de este artículo, hizo relación al panorama constitucional y legal de los servicios de salud, del que en su entender, se constataba la posibilidad de que los particulares prestaran servicios públicos de salud, caso en el cual a estos, así como a las empresas públicas prestadoras, se les debía respetar el derecho de libertad de empresa.

Soportó el demandante, la supuesta violación de los **artículos 334 y 150, numeral 21 de la Constitución Política**⁶, con el mismo argumento anterior, pues

⁴ Siempre que la modalidad de pago pactada no fuera la capitación, en los términos de la primera parte del artículo 9 cuyos apartes se demandaron.

⁵ El texto integral de esta disposición es: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.” “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.” “La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.” “ El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.” “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y patrimonio cultural de la nación.”

⁶ El texto integral de estos artículos es: “150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:” (...) “21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.” “334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo

alegó la existencia de una reserva legal para efectos de intervenir las actividades económicas.

Indicó también, según lo señalado antes, como violados, los **artículos 6 y 121 de la Constitución Política**⁷, y en relación con ellos, adujo que el principio de legalidad había sido vulnerado, pues el Gobierno Nacional, con la expedición de los fragmentos del Decreto Reglamentario demandados, había sobrepasado las competencias y funciones que al respecto, le confería el ordenamiento jurídico.

La supuesta violación del **artículo 1523 del Código Civil**⁸ (en consonancia con los artículos 1602 y 1741) la sustentó aludiendo a que, es propio del concepto de contrato, el establecimiento de plazos y como consecuencia, la imposición de los mismos, da lugar a la contemplación de lo prohibido, toda vez que el fundamento de éste es el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Finalmente, adujo el actor, que se había violado el **artículo 1627 del Código Civil**⁹, toda vez que esta norma reforzaba también el principio de la autonomía de la voluntad en los términos antes referidos.

Como se observa, pese a la consideración del actor de un número considerable de disposiciones constitucionales y legales violadas; todas ellas conducen al cuestionamiento de la violación a una reserva legal al proferir por vía de decreto reglamentario unos plazos; y a la violación a la autonomía de la voluntad; situaciones estas que pueden dar lugar al estudio de un mismo cargo: La incapacidad del Gobierno Nacional de limitar la autonomía de la voluntad, con ocasión de la imposición de un plazo máximo para el pago derivado de los contratos, antes aludidos. Por este motivo, en las consideraciones de esta sentencia, se hará el respectivo análisis en relación con este único cargo.

y la preservación de un ambiente sano." "El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

⁷ El texto integral de estas disposiciones es: "6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones." "121. Ninguna autoridad del estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"

⁸ El texto integral de esta disposición es: "Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes."

⁹ El texto integral de esta disposición es: "El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes." " El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida".

III. EL TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada por el actor ante esta Corporación, el 14 de marzo de 2006¹⁰ y admitida por auto de ponente¹¹ el 13 de junio del mismo año. En el auto de admisión, se dio traslado a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Protección Social, así como al Ministerio Público.

El Ministerio de Protección Social a través de apoderado judicial contestó la demanda¹² oponiéndose a las pretensiones de la misma. Al respecto, señaló, que para la comprensión del problema jurídico planteado por el actor, se debía partir del reconocimiento de Colombia como un Estado Social y de Derecho y en este contexto, concebir a la seguridad social como un derecho de segunda generación y como un servicio público, que como tal demanda la atención de las autoridades y su oportuna intervención.

Indicó que no podía alegarse una afectación a la libertad económica con los apartes de la disposición demandados, toda vez que este derecho constitucional debía concebirse en relación con unos justos límites, que entre otros, se orientan por el principio del interés general.

Señaló también, que la potestad reglamentaria existía justamente para dar desarrollo a las disposiciones legales y que de ninguna manera éstas habían sido violadas, sino desarrolladas. De manera específica en relación con este punto, indicó que el literal g) de la Ley 100 de 1993 establecía como principio orientador de la intervención estatal en el servicio público de seguridad social en salud: “Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes”.

También de manera específica y en relación con la habilitación legal de los apartes de la disposición demandados indicó que “Por su parte la Ley 715 de 2001 establece en cabeza del Gobierno Nacional la competencia para adoptar los mecanismos jurídicos y técnicos que permitan la optimización del flujo financiero

¹⁰ Folios 1 a 22.

¹¹ Folios 44 y 45.

¹² Folios 51 a 60.

de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que provengan o impidan su desviación, indebida apropiación o retención por parte de cualquiera de los actores partícipes o intermediarios del sistema.” Y agregó: “A su vez el decreto Ley 1281 de 2002 señala en su artículo 7º lo siguiente “Cuando el (sic) trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”.

Dentro del término para alegar de conclusión, el Ministerio de Protección Social lo hizo y en el escrito correspondiente¹³, básicamente ratificó lo señalado en la contestación de la demanda, haciendo énfasis en su capacidad legal de hacer reglamentaciones como la cuestionada.

La parte actora hizo lo propio¹⁴, ratificó lo dicho en la demanda e insistió en algún soporte jurisprudencial relacionado con temas similares, en los que se indicaba que límites contractuales como los cuestionados, podían tener únicamente naturaleza supletiva.

El Ministerio Público, por su parte, dentro del mismo término, presentó concepto, en el que distinguió dos situaciones distintas contenidas en los apartes demandados: (1) Una general, que se refiere a los plazos máximos que se deben observar para los pagos de los contratos celebrados entre las EPS o las ARS con las IPS cuando no se escoja la modalidad de “capitación”; y otra (2) relativa a las glosas que se le hagan a las facturas presentadas por las IPS para efectos de pagos.

En relación con la primera situación expuesta, indicó que ésta excedía la capacidad reglamentaria, toda vez que la Constitución Política consagraba una reserva legal al respecto; en relación con la segunda, en cambio, señaló que en su concepto era ajustada al ordenamiento jurídico, habida cuenta que el artículo 7 del Decreto Ley 1281 de 2002, establecía justamente, de manera expresa que en casos de que las glosas no fueran resueltas por las IPS, por vía de reglamento se debían establecer unos “términos”.

¹³ Folios 78 a 80.

¹⁴ Folios 81 a 84.

IV. CONSIDERACIONES

Lo relativo al fondo del asunto, que se plantea con la demanda que da lugar a esta sentencia, se desarrollará a través del análisis de dos aspectos: la capacidad del Estado de hacer intervenciones en materia del servicio Público de Seguridad Social en Salud orientadas a limitar la autonomía de la voluntad en el campo contractual de los que intervienen en su prestación (punto 3); y la Posibilidad de hacerlo, a través de Decreto Reglamentario (punto 4); como corolario de este análisis se procederá a la adopción de la decisión (punto 5). Previo a lo anterior, la Sala analizará su competencia (punto 1) y la naturaleza de acto administrativo de los apartes de la disposición demandados, aspecto este imprescindible para el análisis de toda acción de nulidad (Punto 2).

1. La competencia de esta Sección para conocer la demanda propuesta.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado.

En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional del Decreto Reglamentario demandado, ni de su contenido contractual; en lo que respecta a su naturaleza jurídica, vale la pena hacer algunas precisiones, para efectos de pasar a hacer consideraciones de fondo sobre las supuestas infracciones normativas invocadas por el demandante.

2. La naturaleza de acto administrativo de los apartes de la disposición demandados.

La revisión de la naturaleza del Decreto demandado es un aspecto fundamental, toda vez que, la normatividad vigente concibe a la acción de nulidad solamente frente a actos administrativos¹⁵, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o a un grupo determinado o indeterminado de ellos sin contar con la anuencia de éste o éstos.

En este sentido, vale la pena insistir -pues este aspecto ya se indicó en el numeral anterior- en que los Decretos Reglamentarios, es decir los proferidos por el Presidente de la República en desarrollo del contenido del numeral 11 del artículo 189 constitucional, son típicas expresiones de la función administrativa y, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general.

En consecuencia, la capacidad de trazar efectivas reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estos decretos, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello.

En el caso objeto de análisis, no cabe duda de la naturaleza reglamentaria del Decreto demandado, no solo por que en su motivación se hace expresa alusión a la función reglamentaria (artículo 189 numeral 11 constitucional) sino, porque también, de su simple lectura se deriva la verificación de unas reglas de juego impuestas por el Presidente de la República en su condición de suprema autoridad

¹⁵ En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos..." Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra "circulares de servicio" y contra "actos de certificación y registro"; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

administrativa, cuyo soporte normativo se encuentra en algunas disposiciones de orden constitucional y legal.

3. La oportunidad de establecer límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad de los agentes que intervienen en la prestación del servicio público de seguridad social en salud.

La Seguridad Social en salud, detenta una configuración bien particular en la Constitución Política: Es un derecho social o de segunda generación¹⁶ y es un servicio público¹⁷. Si bien, de esto se deriva un rol fundamental del Estado, ello no significa que éste sea su prestatario único, toda vez que como servicio público que es, se le aplica la regla general de que puede ser prestado también por los particulares, en los términos establecidos por la ley¹⁸; e inclusive, de manera específica el artículo 48 constitucional indica que, “La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”.

La posibilidad de que los servicios públicos sean prestados por particulares, a más de por el Estado (como era tradición en el derecho colombiano), es sin duda alguna, una de las grandes novedades de la Carta Política de 1991, que se conoce como “liberalización” o “libre entrada”.

De este cambio, se deriva de manera indudable, una connotación económica de los servicios públicos, que supone la posibilidad de obtener rendimiento con su prestación, sin importar si ésta es desarrollada por agentes públicos o privados.

Esta connotación implica el reconocimiento de unos derechos y libertades de esta naturaleza, a los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, especialmente aquellos que se engloban tradicionalmente bajo el rótulo de

¹⁶ A partir del segundo inciso del artículo 48 de la Constitución Política se establece: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable de la seguridad social.”.

¹⁷ Se consagra en el primer inciso del artículo 48 constitucional: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la coordinación y control del estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.”

¹⁸ Artículo 365 constitucional. Se señala aquí, que la posibilidad de que los servicios públicos sean prestados por los particulares es la regla general, toda vez que puede suceder que por vía legal se limite su prestación al Estado, de conformidad con lo establecido en la parte final de la misma disposición constitucional.

“libertad económica”, es decir, libertad de iniciativa privada, de empresa , y libre competencia.

Esta revisión constitucional resulta de suma importancia en el caso objeto de análisis, toda vez que, como se advirtió, uno de los aspectos cuestionados por el actor, es justamente, la violación del derecho a la libertad económica, de los agentes del servicio de seguridad social en salud, con ocasión de la intervención del Estado, a través de la cual se limitaron los plazos de pago en los contratos y la modalidad ya aludidos.

La libertad económica comprendida como derecho, ha tenido una evolución histórica de la mano de la transición del Estado liberal de derecho al Estado Social y de derecho. En efecto, si bien desde una óptica liberal se trataba de un derecho casi absoluto, en el marco de un Estado Social y de derecho como el colombiano, encuentra unos límites, como son el “bien común”, “el interés social”, “el ambiente”, “el patrimonio cultural de la Nación”, y la “función social” que orienta el ejercicio de la libertad de empresa¹⁹.

Estos límites, los encuentra cualquier agente que pretenda desarrollar una actividad económica sin importar su naturaleza, de modo que quien decida prestar servicios públicos debe someterse a ellos. Lo que acontece tratándose de esta modalidad de actividad económica (servicios públicos), es que los límites que se deben observar son aún mayores, toda vez que la Constitución Política no se limitó a atribuir a los servicios públicos una connotación económica, sino que además indicó que estos eran “inherentes a la finalidad social del Estado”, así como, que “es deber del Estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”²⁰.

Como se observa entonces, el desarrollo de todas las actividades económicas, implica la observancia de unos límites, solo que en materia de servicios públicos, estos deben ser aún más incisivos, dadas la connotaciones económica y social que estas actividades detentan al interior de la Constitución Política de 1991.

Como consecuencia de la observancia de los límites aludidos, le es viable al Estado intervenir cualquier actividad económica y con mayor razón e intensidad,

¹⁹ Artículo 333 constitucional.

²⁰ Artículo 365 constitucional.

aquellas calificadas como servicios públicos. Esta intervención como se verá más adelante, se puede valer de unos instrumentos, celosamente referidos por la Carta Política, y sin duda alguna puede tener ingerencia en la órbita contractual de los agentes prestadores de los servicios públicos.

En efecto, el contrato comprendido como una modalidad de negocio jurídico, es por excelencia un instrumento económico, que le sirve a los agentes de un mercado para el desarrollo de los fines y metas que se proponen. Un productor de elementos manufacturados por ejemplo, necesita adquirir materia prima, y para ello puede celebrar distintos contratos, entendidos como acuerdos de voluntades, celebrados, en este caso hipotético, por agentes económicos.

Dada la importancia del contrato como instrumento negocial, y de desarrollo de las actividades económicas, le es viable al Estado hacer intervenciones de tipo normativo en él. Por ejemplo, en el caso de la venta de un bien o servicio a un consumidor final, se puede suponer una garantía, de manera independiente a que ésta se estipule en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Le es viable entonces, en casos como el que se estudia, intervenir al Estado, a través del establecimiento de reglas que se traducen en límites al ejercicio de la voluntad, es decir a la autonomía contractual, de los agentes del mercado de cualquier actividad económica. Esta oportunidad se hace, y se debe hacer más fuerte, en materia de servicios públicos, como en el caso del servicio público de seguridad social en salud.

4. La posibilidad de establecer límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad de los agentes que intervienen en la prestación del servicio público de seguridad social en salud, a través de la potestad reglamentaria.

Una vez aclarada la posibilidad de establecer reglas que limiten la autonomía de la voluntad de los agentes que intervienen en la prestación del servicio de seguridad social en salud, debe determinarse si estas se pueden materializar a través de Decretos que se profieran en ejercicio de la potestad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo 189 constitucional. En esta disposición se establece en el contexto de las funciones del primer mandatario: “Ejercer la

potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

De la simple lectura de esta atribución presidencial creada por la Carta Política, se deriva, que ésta no encuentra límites materiales como en algunos ordenamientos, ni mucho menos temporales. Es decir, que el Presidente de la República puede reglamentar la ley en cualquier momento, como regla general.

De esta comprensión, así como del valor infralegal que detentan los actos administrativos que se profieran en ejercicio de la potestad reglamentaria, de conformidad con el referido numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, se deriva que una Ley genérica y de principios es susceptible de un mayor ámbito de reglamentación, mientras que, una Ley específica y llena de detalles, probablemente limitará de manera considerable el ejercicio de la función que se analiza.

Esta realidad de la relación entre la Ley y el acto administrativo a través del cual se desarrolle la potestad reglamentaria, debe por supuesto enmarcarse en la cláusula general de competencia normativa, que en el derecho colombiano le corresponde al Congreso de la República, comprendido como máxima expresión del principio democrático que orienta al Estado colombiano, lo que implica, como se advirtió, que por regla general no existen límites materiales para la producción de uno u otro instrumento normativo.

Se dice regla general, porque en algunas oportunidades, el constituyente celoso de algunas materias, ha indicado que éstas solo pueden ser desarrolladas por vía legal o por acto con fuerza de ley²¹, e inclusive, ha establecido algunos casos en que no basta con que la materia sea desarrollada por una ley ordinaria, sino que se hace necesario hacerlo por una ley especial, como en el caso de las leyes estatutarias y orgánicas.

La primera de las hipótesis, es decir la reserva que hace la Carta Política para que algunas materias solo puedan ser desarrolladas en términos normativos a través de leyes (o actos que detenten su fuerza material), es conocida por la

²¹ Verbigracia los decretos leyes y los decretos legislativos.

doctrina convencional como “reserva legal” o “reserva de ley”²², tema este de suma importancia, en el caso concreto que ocupa a la Sala.

En efecto, en materia de establecimiento de límites a la libertad económica y por ende a los derechos que esta comprende: libertad de iniciativa privada, de empresa y de competencia; el constituyente ha establecido que para estos, existe reserva de ley en los siguientes términos: “para su ejercicio (actividad económica e iniciativa privada) nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”; “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” (artículo 333 constitucional); “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.” (artículo 334 constitucional) y en la función del Congreso de la República de “expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica” (numeral 21 del artículo 150 constitucional). (subrayas fuera de texto).

La consagración de estas hipótesis de reserva de ley, encuentra fundamento entonces, en la naturaleza de derecho que detenta la libertad económica, y el celo del constituyente, inspirado de manera básica en el principio democrático, consistente en que los límites que se le impongan al mismo, sean establecidos por el órgano público que detenta mayor legitimidad en este sentido.

²² HUMBERTO SIERRA PORTO señala al respecto: “En principio, estamos en presencia de una reserva de ley cuando un precepto constitucional exige que sea la ley la que regule una determinada materia. En estos casos el texto constitucional prescribe que la normación de determinado asunto se realice necesariamente mediante normas de rango legal o, desde otra perspectiva, la técnica de la reserva de ley prohíbe que la regulación de una materia sea realizada de manera primaria por reglamentos.” (...) “El fundamento de la técnica de la reserva de ley se encuentra, actualmente, en el principio democrático y en la garantía del pluralismo político; se pretende reservar ciertas materias a la forma de ley en el entendido de que la intervención de los representantes de los ciudadanos en un proceso legislativo caracterizado por los principios de contradicción y publicidad produce una norma con mayor legitimidad que las demás. La ley aparece como la expresión de la voluntad popular, realizada en un proceso donde se garantiza el principio democrático y el pluralismo político.” *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 1998. p.p. 178-179.

Si el constituyente fue celoso, en los términos referidos, en lo que respecta a límites a las actividades económicas en general, pareciera suponerse que debía ser igual e inclusive más, tratándose de aquellas que sean calificables, además, como servicios públicos. Esta suposición encuentra, sin embargo, desarrollo constitucional en parte, y en un caso específico se desvirtúa.

En efecto, se establece en el artículo 365 constitucional, relativo a los servicios públicos en general: “Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley” (subrayas fuera de texto), pese a que en esta misma disposición se establece: “En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y vigilancia de dichos servicios”.

Como se observa la regla general se mantiene con la alusión genérica de “régimen jurídico” es decir, conjunto de reglas ordenadoras de la materia, y este le corresponde establecerlo al legislador.

Sin embargo, en el caso de una categoría específica de servicios públicos, los domiciliarios, la misma Constitución Política establece de manera expresa, una especial connotación de esta reserva de ley, al señalar que le corresponde al Presidente de la República “señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios” (artículo 370 constitucional).

Como se aprecia, en el caso de estos servicios públicos (los domiciliarios), el Presidente de la República está habilitado para establecer ciertas reglas en esta materia, obviamente, de conformidad con la ley, lo cual sin duda constituye una excepción a la regla general de reserva de ley, que se aplica a los servicios públicos y a las actividades económicas en general.

En lo que respecta al servicio público de seguridad social en salud, de manera específica, vale la pena señalar que el ya citado artículo 48 constitucional establece: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación, y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.”

Como se observa, no solo la comprensión de la seguridad social como servicio público (no domiciliario por supuesto) comportaría la existencia de la reserva legal aludida, sino que además de manera específica la Constitución Política así lo establece. Situación ésta, que en consonancia con lo prescrito en el numeral 21 del artículo 150, delimita la intervención del Estado en la economía, en lo que respecta a los instrumentos normativos que se deben utilizar al respecto, ya que solamente pueden ser usadas leyes (en un sentido formal) o actos normativos que detenten la fuerza de ésta.

No existen dudas, entonces, de que los límites que se impongan al derecho a la libertad económica, propio de los agentes que prestan el servicio público de seguridad social, como aquellos relativos a sus contratos, deben ser establecidos por la ley (o un acto que detente su fuerza normativa) y no le es viable hacerlo al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia.

5. El caso concreto.

Como se indicó en la primera parte de esta sentencia, pese a la referencia de un gran número de disposiciones legales aducidas como violadas por el actor, sus consideraciones pueden concebirse enmarcadas en un único cargo: Los fragmentos cuya legalidad se cuestiona constituyen una intromisión del ejecutivo a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, en la esfera de la autonomía privada (contractual) de los agentes prestadores del servicio de seguridad social en salud, intromisión esta, que solo es viable a través de un instrumento normativo que detente fuerza de ley.

Según lo dicho antes, y en atención a la naturaleza de decreto reglamentario que detenta el instrumento normativo que contiene la disposición cuyos fragmentos se demandan, este cargo estaría llamado a prosperar, pues los límites a la libertad económica de los agentes prestadores del servicio público de seguridad social en salud, encuentran una reserva de ley en la Constitución Política. Para afirmar esto de manera definitiva, sin embargo, le resta a la Sala, constatar, si en efecto los fragmentos de la disposición demandados, constituyen o no, un límite a la autonomía de la voluntad de los referidos sujetos, aspecto este que se pasa a revisar:

El fragmento del encabezado de la disposición cuestionada, alegado como ilegal, se limita a establecer que existirá un procedimiento para el trámite y pago de cuentas, en desarrollo de los contratos celebrados entre las EPS y las ARS con las IPS, que contengan una modalidad de pago distinta a la capitación: “En los contratos donde se pacte una modalidad de pago diferente a la capitación, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, las EPS o ARS y las IPS se sujetarán al siguiente procedimiento de trámite y pago de las cuentas:”

Habida cuenta que del total de las reglas contenidas en la disposición para este fin (4) solo se cuestionó la ilegalidad de algunas de ellas, difícilmente puede pensarse en que el fragmento transcrito contravenga el ordenamiento jurídico o constituya *per se* un límite al ejercicio de la voluntad de los prestadores del servicio de seguridad social en salud.

En el numeral 2 de la misma disposición, se establece un plazo (30 días calendario) con que cuentan las EPS o las ARS, para desarrollar un determinado comportamiento, una vez les sea presentada la respectiva factura por parte de las IPS; a renglón seguido, se procede a describir esos comportamientos con sus respectivos efectos, todos ellos cuestionados por el actor: “2. Las ARS o EPS contarán con treinta (30) días calendario contados a partir de la presentación de la factura para adoptar uno de los siguientes comportamientos que generarán los correspondientes efectos aquí descritos: a) Aceptar integralmente la factura: En este evento se procederá al pago del ciento por ciento (100%) de la factura dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a los treinta (30) días iniciales; b) No efectuar pronunciamiento alguno sobre la factura: En este evento se efectuará el pago del cincuenta (50%) del valor de la factura dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de los treinta (30) días iniciales. Si trascurrido el término de cuarenta (40) días calendario a partir de la radicación de la factura, no efectúa pronunciamiento alguno, deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) restante dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de este término; c) Formular glosas a la factura: En este evento se procederá al pago de la parte no glosada dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de los treinta (30) días iniciales”.

Como se observa, este aparte de la disposición, en efecto, contiene unos plazos para que sean pagadas las facturas; de su lectura pareciera, sin embargo,

no derivarse de manera inequívoca una connotación imperativa de los mismos. Esta inquietud se resuelve con la lectura del párrafo 2 de la misma disposición, también demandado, en el cual se establece: “Las EPS y ARS podrán pactar plazos inferiores a los establecidos en el presente artículo.”

No existe duda entonces, en la connotación imperativa del numeral 2 cuya ilegalidad se cuestiona, toda vez que éste, en concordancia con el párrafo 2 transcrito, implica que las EPS y las ARS solo pueden pactar (alcance supletivo restringido) plazos menores a los allí indicados, lo cual sin duda alguna, constituye un límite al ejercicio de la voluntad, habida cuenta que los prestadores del servicio de seguridad social en salud, no pueden en desarrollo de éste, pactar plazos superiores.

Finalmente, en lo que respecta al fragmento del numeral 3 cuya ilegalidad se alega, vale la pena decir, que allí también se contiene un plazo para el pago, a más de un procedimiento, para el caso en que se formulen glosas por parte de las EPS y las ARS a las facturas presentadas por las IPS; para una mayor comprensión se transcribe todo el numeral y se mantienen las subrayas del fragmento considerado ilegal por el actor: “3. Cuando se formulen glosas a la factura la IPS contará con treinta (30) días calendario para responderlas. Una vez respondidas las glosas la ARS o EPS contará con cinco (5) días calendario para proceder al pago de los valores que acepta y dejar en firme las glosas que considere como definitivas.”

Se insiste en que el plazo contenido en este aparte demandado, no es solamente para el pago, sino para la aceptación de las glosas; los argumentos expuestos por el actor, como se dijo, estuvieron encaminados a cuestionar únicamente los plazos establecidos para los pagos, razón esta que lleva la Sala a revisar solo lo primero.

El establecimiento de un plazo (5 días calendario) para pagar los valores aceptados (previamente glosados) constituye también, en concordancia con el párrafo 2 de la disposición cuestionada, un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad de los prestadores del servicio de seguridad social en salud, toda vez que en la práctica, estos, no pueden pactar un plazo superior.

Al respecto, vale la pena indicar que al entender del Ministerio Público, en su concepto, éste último fragmento analizado, no resultaba contrario al ordenamiento jurídico, toda vez que una norma con rango de ley había establecido, la oportunidad de que por vía reglamentaria se establecieran dichos términos. En efecto indicó que el inciso 2 del artículo 7 del Decreto Ley 1281 de 2002 establecía:

“Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni a otras sanciones pecuniarias”

Se debe señalar, entonces, en primer lugar, que esta disposición con fuerza de ley, en efecto, da cabida para que por vía reglamentaria se desarrollen algunos aspectos relacionadas con las mencionadas glosas; estos aspectos, sin embargo, son específicos, pues hacen referencia al no reconocimiento de intereses, ni de otras sanciones pecuniarias, en absoluto distintos, a los plazos para el pago.

En segundo lugar, se debe indicar que, aunque la disposición con fuerza de ley transcrita, permitiera, que por vía reglamentaria se desarrollara lo relativo a los plazos para el pago, aún así la norma reglamentaria resultaría contraria a la Constitución Política, toda vez que como se anotó, lo relativo al tema objeto de análisis detenta reserva de ley y por consiguiente, no le resulta viable al legislador, deslegalizar aquello que por celo constitucional le ha sido reservado a él²³.

Como consecuencia de lo sostenido, no le asiste razón al Ministerio Público al sostener que, únicamente el fragmento demandado del numeral 3 del artículo 9 del Decreto Reglamentario 3260 de 2004 es ajustado a derecho por encontrar

²³ Al respecto, anota HUMBERTO SIERRA PORTO: “La deslegalización es una técnica legislativa mediante la cual una materia o campo jurídico determinado pasa, de ser regulado por una ley formal o una norma equivalente, a ser objeto de normación por una norma, de rango inferior. Existe deslegalización cuando el Congreso mediante una ley dispone que cierta materia puede o debe ser regulada por el poder ejecutivo mediante reglamentos, esto es, en ejercicio de la potestad reglamentaria. Cuando la Constitución exige que ciertas materias deben ser reguladas precisamente por ley, el legislador, como se acaba de indicar, no puede mediante ley establecer la posibilidad de que el Ejecutivo despliegue su potestad reglamentaria sobre esta materia. Una ley de este tipo sería contraria a la Constitución y como tal habría de ser declarada nula por la Corte Constitucional. Cit. P. 182.

sustento en el segundo inciso del artículo 7 del Decreto Ley 1281 de 2002 antes transcrito.

Procederá entonces la Sala, a acceder a las pretensiones de la demanda en relación con la casi totalidad de los extractos aludidos por el actor como contrarios al ordenamiento jurídico, con excepción de aquél contenido en el primer inciso del artículo y lo relativo al procedimiento y no al plazo para el pago contenido en el numeral 3, con base en las consideraciones antes referidas.

Vale la pena anotar, que si bien, para efectos de la decisión que en esta sentencia se adopta se tomó un único cargo presentado por el actor, ésta se fundamenta únicamente en la violación de los artículos 333, 334 y numeral 21 del artículo 150, en concordancia con los artículos 365 y 48 de la Constitución Política, contentivos de la reserva de ley a la que se ha hecho referencia. La supuesta violación de las normas del Código Civil aducidas por el actor, no resulta procedente con base en lo sostenido en el numeral 3 de la parte resolutive de esta sentencia, es decir, en atención a la posibilidad legal de imponer límites al ejercicio de la voluntad de los prestadores del servicio de seguridad social en salud.

En este mismo sentido, lo referente a los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, en atención a su generalidad, en relación con las disposiciones constitucionales consideradas infringidas, no será analizado, toda vez que la supuesta violación al principio de legalidad alegada por el actor, en su entender, hacía referencia a la reserva de ley, que da lugar a la decisión que se adoptará en esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DECLÁRASE la nulidad de los siguientes apartes del artículo 9 del Decreto Reglamentario 3260 de 2004 proferido por el Gobierno Nacional: Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de la Protección Social, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia: La totalidad del

numeral 2 cuyo texto es: “2. Las ARS o EPS contarán con treinta (30) días calendario contados a partir de la presentación de la factura para adoptar uno de los siguientes comportamientos que generarán los correspondientes efectos aquí descritos: a) Aceptar integralmente la factura: En este evento se procederá al pago del ciento por ciento (100%) de la factura dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a los treinta (30) días iniciales; b) No efectuar pronunciamiento alguno sobre la factura: En este evento se efectuará el pago del cincuenta (50%) del valor de la factura dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de los treinta (30) días iniciales. Si trascurrido el término de cuarenta (40) días calendario a partir de la radicación de la factura, no efectúa pronunciamiento alguno, deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) restante dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de este término; c) Formular glosas a la factura: En este evento se procederá al pago de la parte no glosada dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de los treinta (30) días iniciales.”; el siguiente fragmento del numeral 3: “para proceder al pago de los valores que acepta”; y la totalidad del párrafo 2, cuyo texto es: “Las EPS y ARS podrán pactar plazos inferiores a los establecidos en el presente artículo”.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR RUTH STELLA CORREA PALACIO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente