

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio del dos mil nueve (2009).

Magistrada Ponente: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

REF: Expediente núm. 110010324000200500199 01
Acción: Nulidad.
Actor: RICARDO EMIRO DUARTE MARTÍNEZ

Decide la Sala, en única instancia, la demanda incoada por RICARDO EMIRO DUARTE MATÍNEZ en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra la Resolución 1804 del 24 de diciembre del 2004 *“Por la cual se emite el Plan Único de Cuentas para las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Prepago Privadas”*, proferida por el Superintendente Nacional de Salud, en cuanto en el capítulo tercero dispuso que *“El origen de los fondos para constituir inversiones de carácter permanente de las entidades que administren recursos del SGSSS, no podrá corresponder a los recursos generados por concepto de UPC, toda vez que estos por ser una parafiscalidad son de utilización exclusiva para la prestación del Plan Obligatorio de Salud y su administración”*.

I. ANTECEDENTES

a. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.

La parte actora esgrime contra la disposición acusada los siguientes cargos:

Primer cargo.- Señala que las entidades promotoras de salud tienen el deber de organizar el servicio de salud, por lo cual reciben una unidad de pago por capitación, que se compone de un gasto administrativo y de un gasto médico asistencial y que la disposición acusada introdujo limitaciones en el manejo de los recursos de la unidad de pago por capitación, con desconocimiento de lo que él mismo dice defender, como es su naturaleza parafiscal, de la cual se deriva la necesidad de organizar el servicio de salud por parte de las entidades promotoras de salud.

- Que el Superintendente invadió la órbita del legislador por la vía de imponer restricciones al derecho que tienen las EPS de organizar el servicio y limitar impropriamente el destino que tiene la UPC al prohibir que se financien con cargo a ella inversiones en otras entidades o en la misma entidad con carácter permanente que tengan relación con la organización del servicio o el cumplimiento de deberes legales.

- Que el Superintendente desconoce lo dicho por la sentencia C-616 del 2001, respecto de la libertad de empresa y la libertad de competencia.

En consecuencia, a su juicio, resulta evidente la violación del artículo 333 de la Constitución Política.

Segundo cargo.- Considera que de los artículos 156, literales e), f), g), h), i) y k), 177, 179, 181, parágrafo 1, 182 y 183, parágrafo 1 de la Ley 100 de 1993, surge con meridiana claridad que las entidades promotoras de salud tienen el deber de organizar el servicio de salud, como una de las funciones que les ha delegado dicha ley; que para organizar el servicio de salud las EPS reciben una unidad de pago por capitación, que se compone de un gasto administrativo y de un gasto médico asistencial; que el Superintendente consideró que todas las inversiones de carácter permanente no se pueden constituir con cargo a los “*recursos generados por concepto de UPC*”, por cuanto dice que los recursos de la unidad de pago por capitación que son “*una parafiscalidad son de utilización exclusiva para la prestación del Plan Obligatorio de Salud y su administración*”; que para el Superintendente es claro que la prestación del plan obligatorio de salud y su administración excluye de tajo la realización de inversiones permanentes; que las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que se citan como violadas ponen de presente que una de las funciones de las empresas promotoras de salud es la organización del servicio en forma directa o por conducto de terceros; que varias disposiciones reglamentarias evidencian la posibilidad de que las EPS inviertan recursos de la unidad de pago por capitación en inversiones

permanentes relacionadas con la prestación del servicio (Decreto 1804 de 1999).

Concluye que la organización del servicio es de la esencia de las funciones propias de las empresas promotoras de salud; que es de la esencia de la unidad de pago por capitación el que con cargo a gastos administrativos se pueda cumplir esta función, la cual puede realizarse en forma directa o participando la entidad en otras sociedades, lo cual no es óbice para que se utilicen otros recursos, cuando el porcentaje de gasto administrativo no es suficiente, habida consideración de los egresos propios del gasto médico asistencial; que en ambos casos, para este efecto, es necesario que se realicen inversiones permanentes; que para organizar el servicio de salud las EPS pueden y deben realizar en muchos casos inversiones permanentes; que dichas inversiones con cargo a la unidad de pago por capitación derivan abiertamente del alcance de la Ley 100 de 1993, en concordancia con las que la reglamentan, normas últimas que confirman expresamente la interpretación por vía de autorización inobjetable para invertir en infraestructura con cargo a la UPC, por ejemplo, siempre que se respete la relación de pagos con proveedores por la vía del control al margen de solvencia; que el Superintendente introdujo limitaciones en el manejo de los recursos de la UPC con desconocimiento de su naturaleza parafiscal, de la cual se deriva la necesidad de organizar el servicio de salud por parte de las EPS, hecho que supone la realización de inversiones permanentes; que también

pretende que el establecimiento de “*relaciones económicas con otras entidades o para cumplir con disposiciones legales o reglamentarias*” por parte de la EPS no puedan ser financiadas con cargo a la UPC, por considerar, impropriamente, que la organización del servicio no supone cumplimiento de deberes legales y mucho menos relacionarse con otras entidades, en contradicción de la posibilidad de organizar el servicio en forma directa o con participación de terceras personas jurídicas; y que el Superintendente expidió una regulación que contradice abiertamente la Ley 100 de 1993, en cuanto las funciones que deben cumplir las EPS y los recursos que les deben servir de financiación para el efecto.

Tercer cargo.- A su juicio, la disposición acusada viola los artículos 4º, numeral 5, 6º, numeral 2, literal d) y 13, numeral 1 del Decreto 1804 de 1999, en la medida en que la Superintendencia deja de lado y olvida que es de la esencia de la prestación del servicio su organización, tarea esta que impone inversiones con cargo al gasto administrativo.

Cuarto cargo.- Señala que la Resolución demandada ignora lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1485 de 1994, la cual faculta expresamente a las EPS para invertir en desarrollo de su objeto social, de lo cual se concluye que si una forma de organizar el servicio es mediante la realización de inversiones, no se puede considerar que esto desconoce la naturaleza de la UPC, que es, precisamente, la remuneración por cumplir esa función.

Quinto cargo.- Se refiere a que los numerales 3 y 4 del artículo 2° del Decreto 882 de 1998 fueron violados, en cuanto la disposición acusada los modifica, al prohibir en cualquier caso las operaciones que aquellos permiten, siempre y cuando se cumpla con el pago frente a terceros.

Por último, dice que el Superintendente no quiere reconocer lo sostenido por la Corte Constitucional en sentencia C-572 del 2003, en cuanto a que *“Uno de los principios fundamentales del servicio público de la seguridad social, que consagra la norma superior y que desarrolla la Ley 100 de 1993, es el de eficiencia, entendido como la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”*.

b. Las razones de la defensa

La NACIÓN-SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD manifiesta que el objetivo de la Resolución 1806 del 2004 no es otro diferente al de cualquier Plan Único de Cuentas, el cual busca la uniformidad en los registros de las operaciones económicas realizadas por las empresas promotoras de salud, incluidas las administradoras del régimen subsidiado (ARS) y las empresas de medicina prepagada, con el

fin de facilitar la transparencia de la información contable, de manera que permita a la misma ser comprensible, útil y comparable.

Anota que el Plan Único de Cuentas es un instrumento que se adopta para armonizar y unificar el sistema contable de los diferentes sectores económicos, con el fin de permitir la transparencia de la información contable y, por consiguiente, su claridad, confiabilidad y comparabilidad, para lo cual se exige que los hechos económicos se clasifiquen apropiadamente según la naturaleza, de manera que se registren en cuentas adecuadas, conforme a un catálogo o plan de cuentas y descripciones, con inclusión de la totalidad de cuentas de resumen y auxiliares y con utilización de códigos numéricos que permitan su identificación.

Se refiere a que la Corte Constitucional en sentencia C-921 del 29 de agosto del 2001 señaló lo que debe entenderse por instrucción y su alcance.

Menciona que la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Resolución acusada de conformidad con el Decreto Ley 1259 de 1994, que dispuso que las empresas promotoras de salud y las de medicina prepagada tienen la obligación de acogerse a una uniformidad de cuentas para informarlas al organismo de control, con el fin de que éste pueda

realizar su función de inspección, vigilancia y control dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Precisa que el origen de los fondos para constituir las inversiones de carácter permanente de las entidades que administren recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud no podrá corresponder a los recursos generados por concepto de la unidad de pago por capitación, pues por ser éstos parafiscales son de utilización exclusiva para la presentación del plan obligatorio de salud y su administración; y que tales inversiones podrán realizarse con el producto de la distribución de las utilidades o excedentes anuales (capitalizaciones, entre otros) o en su defecto de ingresos no operacionales o extraordinarios (utilidades por venta de activos-acciones, propiedad, planta y equipo, etc.)

En cuanto a la afirmación del actor de que el acto acusado al regular la clase (1) grupo (12) inversiones modificó la naturaleza de los recursos que administran las entidades promotoras de salud como recursos parafiscales a la luz de la Ley 100 de 1993 y normas constitucionales que regulan la materia, anota que la unidad de pago por capitación constituye la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación media el servicio de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

Que dada la naturaleza pública y parafiscal de dichos recursos, las EPS deben asumir una administración absolutamente cuidadosa y prudente de los recursos recibidos por concepto de la unidad de pago por capitación y sólo pueden hacer uso de ellos para actividades dirigidas esencialmente a la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados y su administración, constituyéndose en irregular el uso de tales recursos para otros fines.

Sólo con los recursos que provengan de los excedentes al finalizar el ejercicio, de la comercialización de planes complementarios de salud, del aumento de capital generado con recursos que provengan del incremento en los aportes, donaciones o cualquiera otra fuente de ingresos legal distinta a la unidad de pago por capitación, las entidades promotoras de salud pueden ejecutar inversiones, constituir reservas o, en general, realizar gastos ajenos a la obligación constitucional de prestar el plan obligatorio de salud para los habitantes del territorio nacional.

Precisa que en la administración del régimen contributivo al interior del Sistema General de Seguridad Social en Salud no existe normativa que establezca porcentajes o presunciones de destinación exclusiva para gastos de administración con cargo a la UPC, por lo que debe considerarse la prioridad que reviste el pago que demande la prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud a los afiliados, frente a la naturaleza accesorio y secundaria que revisten los gastos

administrativos que afecten la UPC, los cuales han de ser esencial y absolutamente necesarios para la prestación directa del POS.

De ahí, que el Decreto 882 de 1998 establezca la prohibición en el caso de las cuentas por pagar superiores a 30 días calendario de *“3°. Afectar el flujo de ingresos provenientes de la Unidad de Pago por Capitación para cancelar obligaciones provenientes de la amortización de inversiones en infraestructura asistencial o administrativa y 4°. Realizar cualquier operación de compra o arrendamiento financiero con opción de compra sobre bienes inmuebles y realizar inversiones de cualquier naturaleza como socio o asociado”*.

Lo anterior significa que si en condiciones normales no existe posibilidad alguna de utilizar los recursos de la unidad de pago por capitación, mucho menos podrá hacerse cuando la entidad comienza a tener dificultades en el pago de sus obligaciones y a presentar estado de iliquidez.

Pone de presente que si bien los particulares están constitucionalmente habilitados para la prestación de los servicios de salud, el ejercicio de la libertad de empresa y de la libre competencia que les asiste a las entidades tanto en el campo de la administración como de la prestación de servicios de salud debe enmarcarse en los límites que le impone el ámbito de regulación propio del sistema, que no resulta incompatible con

la libertad de las entidades promotoras de salud para realizar actividades propias de la órbita privada, siempre y cuando aquellos actos tengan como finalidad garantizar el desarrollo de su objeto social.

Considera que el acto demandado debe ser analizado en su totalidad, dado que debe tenerse en cuenta que la descripción de la cuenta activo, inversiones comprende las cuentas que *“registran inversiones en acciones, cuotas o parte de interés social, títulos valores, papeles comerciales o cualquier otro documento negociable adquirido por el ente con carácter temporal o permanente...”*, actividades que no son del objeto social de la empresa promotora de salud y que, por tanto, no pueden garantizarse con los recursos del Sistema que tienen una destinación específica, razón por la cual no puede una EPS invertir en acciones utilizando los dineros de la seguridad social, como tampoco el organismo de control permitir tal hecho.

En relación con el régimen subsidiado observa que la unidad de pago por capitación es el valor fijo que se entrega a las administradoras del régimen subsidiado por el pago del seguro de afiliación por persona/año, lo que le da derecho a recibir las atenciones del plan obligatorio de salud subsidiado, luego no puede tener una destinación diferente.

c.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del 25 de mayo del 2006 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 1804 del 2004.

Dentro del término para alegar de conclusión hizo uso de tal derecho el representante del Ministerio Público.

Coadyuvante.

El señor JOSÉ MANUEL CHIQUIZA QUINTANA considera que la norma acusada establece límites a la libertad económica e invade la órbita del legislador al prohibir que con cargo a la unidad de pago por capitación se financien inversiones en la misma entidad o en otras entidades que tengan relación con la organización del servicio.

Menciona que la facultad de realizar las inversiones prohibidas por el aparte demandado ha sido reglamentada por el Gobierno Nacional mediante decretos que son de obligatoria observancia para la expedición de una norma como la acusada.

Señala que de conformidad con los artículos 177 y 179 de la Ley 100 de 1993, es función de las EPS garantizar y organizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y que las mismas se encuentran facultadas para prestar directamente los servicios o para contratarlos con las instituciones prestadoras de salud, lo cual se reitera para el régimen subsidiado en el artículo 215 de la Ley 100 de 1993.

Dice que la inversión en infraestructura ha sido considerada jurisprudencialmente como un elemento intrínseco a la prestación del servicio de salud y para sustentar su dicho transcribe apartes de las sentencias C-974 del 2002 y C-324 del mismo año de la Corte Constitucional y concluye que es claro que las inversiones de carácter permanente con cargo a contribuciones parafiscales, como las que componen la unidad de pago por capitación, no implican desviación de recursos de la seguridad social.

Después de transcribir los artículos 11 y 13 del Decreto 1485 de 1994, sostiene que los mismos permiten invertir en todo aquello que tenga directa relación con el objeto social de las EPS, sin que se prohíba que las inversiones sean de carácter permanente.

Se refiere a que el artículo 13 del Decreto 1804 de 1999 consagra la fórmula para establecer el porcentaje de los ingresos que pueden destinarse a inversiones y resalta que se permite la inversión en bienes

inmuebles, de donde le resulta evidente la contradicción con la norma demandada, que prohíbe inversiones de carácter permanente con cargo a la unidad de pago por capitación.

II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, después de transcribir los artículos 4º, numeral 5 y 13 del Decreto 1804 de 1999; 333 de la Constitución Política; 156, literales f) y k), 177 y 182, parágrafo 1 de la Ley 100 de 1993; y 5º, numerales 1, 3 y 4 del Decreto Ley 1259 de 1994 y apartes de las sentencias de la Corte Constitucional C-616 del 2001 y C-828 del mismo año y del Consejo de Estado del 6 de abril del 2000 (exp. 5520), considera que no hay duda de que la prestación del servicio de salud se puede realizar directamente o por conducto de terceros; que el control y vigilancia compete a la Superintendencia Nacional de Salud y que en razón de la naturaleza jurídica de la unidad de pago por capitación que se deduce de los aportes de los afiliados o que proviene del régimen de solidaridad, se entiende que se trata de dineros públicos de naturaleza parafiscal, lo que significa que sólo pueden ser destinados para los fines previstos en la ley, esto es, para cubrir el plan obligatorio de salud.

Sostiene que el plan único de cuentas que se cuestiona persigue lograr la uniformidad en los registros contables de las distintas operaciones

realizadas por las entidades administradoras de los recursos para lograr unificar y comprender la información contable, así como para poder realizar un seguimiento y control de la administración de los recursos y garantizar la efectividad y equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Menciona que dada la naturaleza parafiscal de los dineros recaudados por concepto de la UPC los mismos no pueden destinarse a inversiones permanentes o financiar éstas a su cargo.

Anota que si bien es cierto que el Decreto 882 de 1999 establece una prohibición en el caso de las cuentas por pagar superiores a 30 días, ello no significa, como lo interpreta el actor, que en condiciones normales sí se pueda disponer de tales recursos para gastos de inversión, pues lo que hace la norma es reiterar que si en condiciones normales no es posible emplear tales recursos en gastos diferentes al plan obligatorio de salud y su administración, mucho menos en circunstancias en las que se encuentra afectado el equilibrio financiero de la entidad administradora de los recursos de la salud, pues la entidad comienza a tener dificultades en el pago de sus obligaciones y a presentar estado de iliquidez, dado que el destino de tales recursos es específico.

En los anteriores términos, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El aparte que se acusa de la Resolución 1804 del 2004 “*por la cual se emite el Plan Único de Cuentas para las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Prepago Privadas*” es el que se resalta a continuación:

“Clase I Activo, Grupo 12 Inversiones Descripción:

“Comprende las cuentas que registran las inversiones en acciones, cuotas o partes de interés social, títulos valores, papeles comerciales o cualquier otro documento negociable adquirido por el ente económico con carácter temporal o permanente, con la finalidad de mantener una reserva secundaria de liquidez, establecer relaciones económicas con otras entidades o para cumplir con disposiciones legales o reglamentarias.

*“El origen de los fondos para constituir inversiones de carácter permanente de las entidades que administren recursos del SGSSS, **no podrá corresponder a los recursos generados por concepto de UPC, toda vez que estos por ser una parafiscalidad son de utilización exclusiva para la prestación del Plan Obligatorio de Salud y su administración.** Tales inversiones podrán realizarse producto de la distribución de las utilidades o excedentes anuales (capitalizaciones, entre otros), o en su defecto de ingresos no operacionales o extraordinarios (utilidades por venta de activos-acciones, propiedad, planta y equipo-, etc.)”.*

En el primer cargo la demandante aduce la violación del artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece:

“Artículo 333. 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 el patrimonio cultural de la Nación”.

Del precepto constitucional antes transcrito se desprende que la libertad económica no es absoluta, en cuanto corresponde a la ley delimitar su alcance, razón por la cual sólo una vez analizadas las normas legales que regulan la materia objeto de controversia podrá concluir esta Corporación si aquél fue o no violado con la disposición acusada.

En el segundo cargo el demandante señala que los artículos 156, literales e), f), g), h), i) y k), 177, 179, 181, parágrafo 1, 182 y 183, parágrafo 1 de la Ley 100 de 1993 fueron violados.

Pues bien, el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 en los literales ya citados, establece que las EPS tendrán a su cargo afiliar a los usuarios, administrar la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras y suministrar el POS en los términos que reglamente el Gobierno Nacional; que por cada persona afiliada y beneficiaria la EPS recibirá una unidad de pago por capitación, UPC; que los afiliados al Sistema elegirán libremente la EPS y las instituciones prestadoras de servicios; que los afiliados podrán conformar alianzas o asociaciones de usuarios que los representarán ante las EPS y las IPS; que las IPS son entidades organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas; y que las EPS podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias instituciones prestadoras de salud o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos.

El artículo 177 define las entidades promotoras de salud como las responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones y señala que su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía.

Por su parte, el artículo 179 dispone que para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con instituciones prestadoras y los profesionales.

A su turno, el artículo 181, parágrafo 1 establece que cuando una Institución Prestadora de Servicios de Salud sea de propiedad de una Entidad Promotora de Salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente.

El artículo 182 preceptúa que las cotizaciones que recauden las EPS pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el SGSSS reconocerá a cada EPS un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación, UPC.

Por último, el artículo 183, parágrafo 1 se refiere a que el Gobierno Nacional podrá reglamentar parámetros de eficiencia y fijar el régimen de inversión y organización de las Empresas Promotoras de Salud que no sean prestadoras de servicios y que cuando presten simultáneamente

servicios, podrá establecer límites por concepto de gastos administrativos y operativos de la actividad de promoción.

En esencia, los anteriores preceptos, además de definir las empresas prestadoras del servicio de salud y la unidad de pago por capitación, ponen de presente que para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados las EPS prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con instituciones prestadoras, sin que de ello se concluya, como lo pretende el actor, que para organizar el servicio de salud autorizan a las EPS para realizar inversiones permanentes con cargo a la unidad de pago por capitación, por ejemplo, para invertir en infraestructura.

Además, no es cierto, como lo pretende hacer ver el demandante, que mediante la norma acusada el Superintendente haya introducido limitaciones en el manejo de los recursos de la unidad de pago por capitación con desconocimiento de su naturaleza parafiscal pues, precisamente, la característica esencia de los recursos parafiscales es que van destinados única y exclusivamente a la finalidad para la cual fueron establecidos, que para el caso no fue otra que la de organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud (artículo 182 de la Ley 100 de 1993).

Sobre la naturaleza parafiscal de los recursos provenientes de la unidad de pago por capitación, la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de

inconstitucionalidad contra el artículo 111 de la Ley 788 del 2002, sostuvo¹:

“El Constituyente quiso que en la prestación el servicio de la seguridad social estuvieran comprometidos todos los recursos que pertenecen a ella, sin hacer distinción entre los costos que demanda la administración y organización del servicio y los que se destinan a la prestación efectiva de los servicios medico asistenciales.

“16. Es verdad que las EPS tienen derecho a un margen de ganancia por la actividad que desarrollan y a ello no ha sido indiferente la jurisprudencia de la Corte. Tampoco soslaya la Corte el hecho de que dichas entidades desarrollen en forma profesional y habitual actividades comerciales y de servicios que constituyan el hecho generador del impuesto de industria y comercio, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 que regula este tributo.(...)”

Sin embargo, la actividad comercial o de servicios de la EPS no puede dar lugar al hecho generador del impuesto de industria y comercio cuando quiera que las mismas comprometen recursos de la Unidad de Pago por Capitación, pues según se explicó, en razón de su carácter parafiscal no constituyen ingresos propios de las EPS, quedando, en consecuencia, excluidos de todo gravamen. Por tanto, solamente habría lugar a aplicar el aludido impuesto sobre la actividad comercial y de servicios de las EPS que compromete recursos que excedan los destinados exclusivamente para prestación del POS, pues son ingresos propios de las EPS sobre los cuales puede recaer el citado gravamen impositivo, sin que se esté vulnerando el artículo 48 Superior.

“(...)”

¹ Sentencia C-1040 del 5 de noviembre del 2003, Magistrada Ponente, dra. Clara Inés Vargas Hernández.

“18. Queda claro entonces que la Corte no puede avalar la medida prevista en la norma acusada en virtud de la cual un porcentaje de la UPC está gravado con el impuesto de industria y comercio, pues de ser así se generaría una situación que resulta contraria al mandato consagrado en el artículo 48 Superior, ya que se estaría permitiendo que los recursos de la seguridad social se destinen hacia fines distintos a la prestación del servicio público de la seguridad social en salud” (el resaltado es de la Sala).

Como se advierte del aparte transcrito, no está permitido que los recursos provenientes de la unidad de pago por capitación se destinen hacia fines diferentes a la prestación del servicio público de salud y su administración, razón por la cual, al prohibir la disposición acusada que los mismos se inviertan de manera permanente en otro tipo de actividades, no hace más que respetar su naturaleza de parafiscales.

En el tercer cargo se predica la violación de los artículos 4º, numeral 5, 6º, numeral 2, literal d) y 13, numeral 1 del Decreto 1804 de 1999 que, en su orden, señalan que es obligación de las entidades administradoras del régimen subsidiado organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el plan obligatorio de salud con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las unidades de pago por capitación correspondientes, para lo cual gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con instituciones prestadoras de servicios; que para la obtención de la autorización de funcionamiento se deberá tener en cuenta el estudio sobre la capacidad de oferta de las instituciones prestadoras de

servicios de salud y de la disponibilidad de profesionales y grupos de práctica de la región en donde proyecta operar, o a través de los cuales garantizará la prestación de los servicios de salud incluidos en el POS-S; y que las administradoras de régimen subsidiado no podrán adquirir bienes inmuebles o realizar cualquier tipo de inversión de compra o arrendamiento financiero con cargo a los recursos correspondientes a las unidades de pago por capitación, salvo aquel porcentaje que resulte al deducir del 100% del ingreso los valores porcentuales necesarios para cancelar en forma oportuna las obligaciones con los proveedores de bienes y prestadores de servicios de salud conforme las disposiciones legales y contractuales vigentes y los recursos necesarios para el pago de sus empleados y servidores.

A juicio de esta Corporación, los anteriores preceptos no fueron desconocidos, por cuanto la prohibición de invertir los recursos provenientes de la unidad de pago por capitación de manera permanente por parte de las entidades que los administran se encuentra en perfecta consonancia con los mismos, si se tiene en cuenta que ellos expresamente obligan a las entidades administradoras del régimen subsidiado a organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el plan obligatorio de salud **con cargo a las unidades de pago por capitación correspondientes**, lo cual descarta de plano la alegada violación.

En el cuarto cargo el demandante considera que la disposición acusada ignora el contenido del artículo 13 del Decreto 1485 de 1994, que a la letra reza:

“Artículo 13. Regulación de inversiones. Las Entidades Promotoras de Salud están facultadas para invertir en aquellas actividades directamente relacionadas con su objeto social, conforme su régimen legal lo permita.

“La totalidad de las inversiones en sociedades subordinadas y demás inversiones de capital autorizadas, diferentes a aquellas que deban realizar las entidades promotoras de salud en cumplimiento de disposiciones legales, como las originadas en el margen de solvencia, no podrá exceder en todo caso del ciento por ciento (100%) de la suma del patrimonio de la respectiva entidad.

“Tales inversiones deberán desmontarse para el evento en que la sociedad subordinada decida adquirir acciones de la matriz o de otras sociedades subordinadas de ésta”.

Analizada la norma anterior no encuentra la Sala su violación, ya que si bien es cierto que autoriza a las EPS para invertir en actividades directamente relacionadas con su objeto social, también lo es que en manera alguna se refiere a que tales inversiones puedan hacerse con cargo a los recursos provenientes por concepto de la unidad de pago por capitación y, por el contrario, expresamente se refiere a que, en todo caso, la totalidad de las inversiones no podrá exceder el 100% del patrimonio de la respectiva entidad, patrimonio del cual no hace parte la

unidad de pago por capitación, como lo precisó la Sección Cuarta de esta Corporación²:

*“En relación con las UPC (Unidad de Pago por Capitación), conforme al artículo 182 de la Ley 100 de 1993, tales recursos se reconocen a cada E.P.S. “en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.”, de donde se infiere **que no se trata de recursos propios sino de una transferencia que hace el sistema con el fin específico de garantizar una óptima prestación de los servicios de salud. Por tanto deben excluirse de la base gravable**” (el resaltado no es del texto).*

En consecuencia, no prospera el cargo.

Por último, el demandante sostiene que la norma demandada modificó lo dispuesto en el artículo 2º, numerales 3 y 4 del Decreto 882 de 1998, que dispone:

*“**Artículo 2º. De las cuentas por pagar superiores a 30 días calendario. Las Entidades Promotoras de Salud y/o Administradoras del Régimen Subsidiado con cuentas por pagar superiores a 30 días calendario, contados a partir de la fecha prevista para su pago, no podrán:***

“1.

“3. Afectar el flujo de ingresos provenientes de la Unidad de Pago por Capitación para cancelar obligaciones provenientes de la amortización de inversiones en infraestructura asistencial o administrativa.

² Sentencia del 17 de septiembre del 2003, exp. núm. 13301, Magistrada Ponente, dra. María Inés Ortíz Barbosa.

“4. Realizar cualquier operación de compra o arrendamiento financiero con opción de compra sobre bienes inmuebles y realizar inversiones de cualquier naturaleza como socio o asociado”.

Sobre el particular, la Sala considera que le asiste razón tanto al apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud como al representante del Ministerio Público ante esta Corporación, respecto de que la norma trascrita debe interpretarse en el sentido de que si en condiciones normales no es posible emplear los recursos provenientes de la unidad de pago por capitación en gastos diferentes al plan obligatorio de salud y su administración, mucho menos en circunstancias en la que se encuentra afectado el equilibrio financiero de la respectiva entidad prestadora del servicio de salud.

Las consideraciones expuestas conducen a denegar las pretensiones de la demanda, pues es indudable que la prohibición acusada pretende que a los recursos provenientes de la unidad de pago por capitación se les dé una utilización adecuada, de tal manera que el servicio de salud sea prestado de manera oportuna y suficiente, como precisamente lo establece la Corte Constitucional en la sentencia C-572 del 2003 que, por ende, no fue desconocida, como lo quiere hacer ver el demandante, quien no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la norma demandada la cual, por demás, no puede afirmarse que violó el principio de la libertad económica, en cuanto este no es absoluto, cuando medie, como en este caso, el interés social.

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 pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
PIANETA

Presidenta

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT

**MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA