



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Acción de nulidad

Número único de radicación: 11001032400020110014200

Demandante: Manuel José Medina Mendoza

Demandadas: Superintendencia Nacional de Salud

Coadyuvante: Juan Diego Buitrago Galindo

Tema: Se resuelve sobre la demanda presentada contra la Superintendencia Nacional de Salud respecto de la legalidad del numeral 2.1. de la Circular Externa núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010.

SENTENCIA EN ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide, en única instancia, la demanda presentada por Manuel José Medina Mendoza contra la Superintendencia Nacional de Salud.

La presente sentencia tiene las siguientes tres partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala; y iii) Resuelve; las cuales se desarrollarán a continuación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

1. Manuel José Medina Mendoza, en adelante la parte demandante¹, presentó demanda² contra la Superintendencia Nacional de Salud, en adelante la parte demandada, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Decreto 01 de 2 de enero de 1984³, en adelante, Código Contencioso

¹ Actuando en nombre propio.

² Folios 28 a 55 del expediente.

³ “[...] Por el cual se Reforma el Código Contencioso Administrativo [...]”.



Administrativo, para que se declare la nulidad parcial del numeral 2.1 de la Circular Externa núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, que establece:

“[...] 2.1 RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTRATO DE ASEGURAMIENTO EN SALUD.

A quien se afilia el usuario es al asegurador en salud, no al prestador de servicios de salud, y quien se compromete en la calidad, oportunidad, eficiencia en el servicio, en el manejo de la salud, en el manejo de la vida es el asegurador no el prestador, todo esto derivado de la responsabilidad contractual establecida por la firma del contrato de aseguramiento entre el asegurador y el afiliado, y entre el asegurador y el alcalde municipal en el caso del régimen subsidiado.

Conforme a la definición del aseguramiento en salud, son los aseguradores en salud y no los PSS, los responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia, y eficacia de la prestación de los servicios de salud, y por ende, los que deberán responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de los mismos, teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud, exige que el asegurador, asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y la vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud, derivado esto, de las obligaciones y responsabilidades contractuales que surgen del CONTRATO DE ASEGURAMIENTO.

La asunción directa de las responsabilidades en materia de servicios de salud, serán por parte de quien asegura, quien es el verdadero y directo responsable CONTRACTUAL, y no del prestador de servicios de salud, quien responderá solidariamente con el asegurador, solo cuando el PSS, habiéndose entregado por el ASEGURADOR, los elementos claves de atención esto es los requisitos que se deben tener en cuentas para la negociación y suscripción de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios de salud, haya hecho caso omiso a estos y haya generado la lesión, enfermedad, o incapacidad en el usuario, por su omisión, arbitrariedad y el desconocimiento de lo ordenado, pactado y planeado por el asegurador en salud [...]”.

La pretensión

2. La parte demandante formuló la siguiente pretensión⁴:

“[...]”

6. PRETENSIÓN.

PRIMERA. *Con base en los argumentos anteriormente expuestos, respetuosamente solicito a los honorables magistrados declarar la nulidad de los apartes demandados de la circular 000066 del 2010 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud [...]”.*

Presupuestos fácticos

3. La parte demandante indicó, en síntesis, los siguientes hechos para fundamentar su pretensión:

⁴ Folio 54.



3.1. El Ministerio de la Protección Social expidió el Decreto 4747 de 7 de diciembre de 2007, por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones.

3.2. La Superintendencia Nacional de Salud en el marco de su función de inspección, vigilancia y control expidió la Circular Externa núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010 en la que se pronunció sobre el aseguramiento en salud dispuesto en la Ley 1122 de 9 de enero de 2007⁵ y el Decreto 4747 de 7 de diciembre de 2007⁶,

3.3. Adujo que el aparte demandado de la Circular Externa núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010, señala que existirá responsabilidad solidaria entre la EPS y la IPS por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación del servicio de salud cuando la IPS la haya generado por su omisión, arbitrariedad y el desconocimiento de lo ordenado, pactado y planeado por el asegurador en salud.

Normas violadas

4. La parte demandante indicó como normas violadas las siguientes:

- Artículos 1568 y 2341 del Código Civil.
- Artículo 14 de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007⁷
- Artículo 6, 29 y 365 de la Constitución Política.

Concepto de violación

⁵ “[...] Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones [...]”.

⁶ “[...]por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones [...]”.

⁷ “[...] Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones [...]”.



5. La parte demandante formuló como cargos de nulidad y explicó el concepto de violación, así:

Falta de competencia material de la Superintendencia Nacional de Salud para regular el tema de la responsabilidad contractual de las EPS en la prestación del servicio de salud y la solidaridad en la causación de daños por dichos servicios⁸

6. La parte demandante fundamentó este cargo de nulidad, con base en los siguientes argumentos:

6.1. La Constitución Política no autoriza a la parte demandada para que por vía administrativa defina la responsabilidad civil de las EPS en calidad de asegurador cuando la prestación de un servicio de salud suministrado por una IPS contratada por la EPS genere falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad en los usuarios.

6.2. Adujo que: “[...] *la definición o alcance de la Responsabilidad Civil ya sea contractual o extracontractual, conjunta o solidaria está únicamente en cabeza del legislador, quien es el único que puede definir cuál es el tipo de responsabilidad por la que debe responder la EPS cuando una IPS contratada para presentar servicio de salud genera falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad en los usuarios [...]*”.

6.3. La competencia para establecer la responsabilidad civil, administrativa y penal de una persona natural o jurídica está reservada a la Ley, de modo que no puede el acto acusado establecer o determinar que las IPS en Colombia no son responsables por falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de servicios de salud por ellas suministrados y por el contrario que toda la responsabilidad es de la aseguradora (EPS).

6.4. El artículo 1568 del Código Civil señala que en virtud de la convención el testamento o la Ley, puede exigirse para cada uno de los acreedores la totalidad de la deuda caso en el cual la obligación será solidaria, pero nunca podrá hacerse

⁸ Se cita textualmente la forma como la parte demandante indicó el cargo de nulidad en la demanda.



por vía de una circular de servicio como ocurrió en este caso, de modo que, la parte demandada invadió la órbita del legislador.

6.5. La parte demandada no se encuentra facultada para regular o establecer el régimen de responsabilidad de la EPS en cumplimiento del contrato de aseguramiento del plan obligatorio de salud según lo previsto en el Decreto núm. 1018 de 30 de marzo de 2007.

Violación del artículo 14 de la Ley 1122 dado que los apartes de la Circular núm. 000066 del 2010 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud considera erradamente que el contrato de aseguramiento define la responsabilidad en la prestación de servicios es únicamente de las EPS y que en algunos casos es solidaria⁹

6.6. Adujo que existe una violación del artículo 14 de la Ley 1122, debido a que: “[...] el aseguramiento en salud definido por este artículo, consagra una responsabilidad en las funciones indelegables del aseguramiento, pero no ha establecido o definido que las EPS sean las únicas y exclusivamente responsables civil o administrativamente **por toda la falla, falta, lesión, enfermedad o incapacidad que se genere en la prestación de los mismos [...]**”.

6.7. Señaló que las IPS tienen obligaciones propias en la prestación de los servicios de salud bajo parámetros de calidad y eficiencia y su desconocimiento las hace responsables de los daños y perjuicios que se causen conforme con lo previsto en el artículo 2341 del Código Civil.

6.8. Manifestó que: “[...] el contrato de aseguramiento crea para la EPS unas obligaciones legales para con los afiliados, pero [...] es claro es que dichas obligaciones legales no exoneran al prestador (IPS) de tener que responder civilmente frente al afiliado cuando su actuar médico o administrativo cause daños al beneficiario del servicio de salud, así las cosas la Superintendencia Nacional de Salud interpreta erradamente el alcance del concepto de aseguramiento definido por la Ley 1122 del 2007, para consagrar o establecer vía circular del servicio una

⁹ Se cita textualmente la forma como la parte demandante indicó el cargo de nulidad en la demanda.



responsabilidad del asegurador (EPS) en la prestación defectuosa de un servicio médico y pero aún crea una solidaridad condicionada de la EPS y de la IPS en ciertos casos [...]”.

Violación del artículo 1568 del Código Civil

7. Señaló que la Circular núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud vulnera el artículo 1568 del Código Civil, por cuanto crea una responsabilidad solidaria entre el asegurador y el prestador del servicio sin que expresamente se hubiera pactado en el contrato, el testamento o en la Ley que así lo determine para los daños en la prestación del servicio médico.

Violación del artículo 6 de la Constitución Política

8. Indicó que: “[...] *La Superintendencia Nacional de Salud vía Circular del Servicio está creando una responsabilidad contractual en cabeza de las aseguradoras (EPS) en el contexto del contrato de aseguramiento del plan obligatorio de salud, responsabilidad que debe ser definida únicamente por la ley y no por una Circular de Servicio [...] entonces las aseguradoras (EPS) en este caso también son responsables por infringir no solo la Ley sino una Circular de Servicio que sin competencia alguna reguló el tema de la responsabilidad civil de las aseguradoras (EPS) por la defectuosa prestación de un servicio de salud contratado para ser prestado por una IPS [...]”.*

Violación de los artículos 29 y 365 de la Constitución Política. Principio de legalidad y de la finalidad social del Estado y de los servicios públicos

9. Manifestó que el acto administrativo acusado creó una obligación de resultado en el aseguramiento en salud, dado que la EPS será la única responsable por cualquier falla, falta, lesión, enfermedad o incapacidad que se genere en la prestación de servicios, obligación que se torna objetiva, en la medida en que si no se da el presupuesto de la solidaridad descrito en la Circular Externa núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010, la EPS será siempre responsable de



cualquier daño causado en la prestación de servicios de salud, con lo que se invadió la esfera del legislador y se vulneró el artículo 29 de la Constitución Política.

9.1. Señaló que la Circular Externa núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud vulneró el principio de legalidad, por cuanto en el acto acusado se hizo una declaración de responsabilidad objetiva, lo que le compete exclusivamente al legislador.

9.2. Concluyó que la regulación de las EPS e IPS para con los afiliados derivados de una deficiente prestación del servicio público de salud tienen reserva legal en el Congreso de la República, razón por la cual el acto acusado vulneró el artículo 365 de la Constitución Política.

Violación del artículo 2431 del Código Civil

10. Adujo que: “[...] del contenido de la norma, se puede decir que, si la IPS a través de su personal médico realiza un acto médico contrario a la *lex artis*, responde únicamente la EPS y no la IPS [...] violando el principio básico de la obligación de indemnizar por parte del que realiza un daño establecido en el artículo 2341 del C.C. [...]”.

Contestación de la demanda

Superintendencia Nacional de Salud

11. La Superintendencia Nacional de Salud contestó la demanda y se opuso a la pretensión formulada, así¹⁰:

11.1. Expuso que: “[...] *El Sistema General de Seguridad Social en Salud, es el conjunto de normas, entidades, instituciones y procedimientos para mejorar la calidad de vida la población colombiana, protegiéndola contra riesgos que afectan su salud y la de su comunidad, y es la forma como se brinda un seguro que cubre*

¹⁰ Cfr. folios 87 a 120 del cuaderno principal del expediente.



los gastos de salud a los habitantes del territorio nacional, colombianos y extranjeros. El propósito fundamental del sistema, el aseguramiento, constituye la principal herramienta de acceso universal de la población a los servicios de salud, delegando en las EPS la administración del riesgo de salud de los afiliados [...]”.

11.2. Manifestó que: “[...] *LAS EPS como ASEGURADORAS EN SALUD son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia, y eficacia de la prestación de los servicios de salud, y por ende, las que responderán por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de los mismos, teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud, exige que el asegurador, asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud [...]”.*

11.3. Adujo que: “[...] *son los aseguradores en salud los que deben coordinar las pautas necesarias para los procedimientos, ser diligentes y prudentes en todos los contratos de prestación de servicios de salud y, además, actuar de buena fe; si esto se aplica no tienen porque presentarse problemas en la atención de los servicios de salud. Lo que sí no se puede es desplazar la falta de diligencia al paciente para que pague, ya que todos somos pacientes potenciales, y lo que se está haciendo es proteger a la sociedad [...]”.*

11.4. Sostuvo que: “[...] *Los aseguradores en salud deberán exigirles a sus prestadores de servicios de salud que cumplan con los manuales de los procedimientos y que los firmen. Se entiende que toda actividad, procedimiento e intervención en salud tienen un protocolo y si estos se siguen, disminuyen las responsabilidades, y establecen una forma de salir a la defensa en estos casos. El deber no es solo hacer la actividad, procedimiento e intervención, sino también todo lo correspondiente para que sea exitosa [...]”.*

11.5. Indicó que: “[...] *Con independencia de las reglas establecidas en el Decreto 1703 de 2002 sobre suspensión y desafiliación, el Decreto Ley 1281 de 2002 ordena específicamente que en aquéllas situaciones en las que se apropian [...] recursos del sector salud sin justa causa, el administrador fiduciario o cualquier entidad que detecte que se presentó dicha apropiación indebida, así*



como el actor que maneja los recursos cuando tiene conocimiento de la apropiación injustificada, deberá proceder a la devolución de dichos recursos [...]”.

11.6. Señaló que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual quien causa un daño a un tercero en forma ilícita está obligado a repararlo y en el que el elemento de la culpa ha sido considerado esencialmente subjetivo, aunque existen muchas excepciones en el ordenamiento jurídico.

11.7. Concluyó que: “[...] *En Colombia la Justicia Civil Ordinaria y la Justicia Contencioso Administrativa han dado un trato sustancialmente diferente a estos elementos, culpa - falla en el servicio y nexo de causalidad, como también al daño y su valoración [...] Desde el punto de vista civil: esta se configura cuando se causa al paciente perjuicios morales y materiales, caso en el cual, el juez competente valorará en dinero tales perjuicios, que la EPS, o que la EPS y el Prestador de Servicios de Salud, o que el profesional de la salud, el prestador de servicios de salud o la EPS habrá de sufragar al paciente afectado [...]”.*

Alegatos de conclusión

12. El Despacho sustanciador¹¹, vencido el término probatorio y mediante el auto proferido el 29 de agosto de 2017¹², resolvió correr traslado común a las partes por el término de diez (10) días para que alegaran de conclusión y le informó al Agente del Ministerio Público que, antes del vencimiento del término para alegar de conclusión, podía solicitar el traslado especial previsto en el mencionado artículo, el cual se surtió en los siguientes términos:

12.1. **La parte demandante** guardó silencio en este momento procesal.

12.2. **La Superintendencia Nacional de Salud** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Concepto del Ministerio Público

¹¹ El auto fue proferido por el Consejero de Estado (E), doctor Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹² Cfr. folio 167 cuaderno principal.



13. El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa rindió concepto en el que solicita no acceder a la pretensión de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

13.1. Señaló que las EPS son las responsables del cumplimiento de las funciones de aseguramiento en salud que se deriven de la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios para garantizar el acceso efectivo, la garantía de calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores, sin perjuicio de la autonomía del usuario según lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1122.

13.2. Adujo que: “[...] De allí, que, sin mayor elucubración, es razonable afirmar que si las EPS son las responsables del cumplimiento de las funciones de aseguramiento, cualquier omisión o falla en ello, será también de cargo o responsabilidad de aquellas, previo el análisis concreto que corresponda. Dicho entendimiento no riñe con los esquemas de responsabilidad, bien administrativa, ora civil, pues se habría de entender que las EPS resultan imputables por virtud del aseguramiento mismo, sin perjuicio de la causa física o imputación fáctica del daño. Dicho en otros términos, pueden ser las EPS las llamadas a responder por los defectos u omisiones causadas en desarrollo de cada uno de los elementos del aseguramiento, con independencia del agente (prestador del servicio médico) que haya dado lugar a la falla, y sin perjuicio, como resulta del caso, de la responsabilidad individual de estos. Lo que ocurre es que frente al usuario habrán de ser las EPS las responsables, por lo que en ese sentido no resulta desproporcionada la expresión de responder solidariamente; ello sin perjuicio de otras reglas de responsabilidad posteriores a las que protejan al usuario [...]”.

El coadyuvante

14. Juan Diego Buitrago Galindo¹³, encontrándose el proceso en etapa de traslado a las partes para alegar de conclusión, presentó escrito de

¹³ Actuando en nombre propio.



coadyuvancia¹⁴, solicitando se accediera a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos¹⁵:

14.1. Adujo que ninguna norma faculta a la Superintendencia Nacional de Salud para establecer un régimen de responsabilidad civil, el cual como lo anota claramente el accionante, es del resorte del legislador.

14.2. Manifestó que: “[...] No es cierta la afirmación de la Superintendencia Nacional de Salud según la cual la función de aseguramiento en salud propia de la EPS, conlleva la asunción de la obligación de reparar los daños causados al usuario durante el acto médico. No es cierto porque se requiere que los elementos de la responsabilidad (daño, culpa y nexo causal) le sean atribuibles fáctica y jurídicamente a la EPS para que el juez pueda resolver declararla civilmente responsable, lo cual se evalúa en el caso concreto. Bien puede suceder que en un caso concreto resulte condenada la EPS y exonerada la IPS y el prestador, y también puede suceder todo lo contrario. [...] La determinación sobre la existencia o no de la solidaridad le corresponde al juez al momento de fallar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2344 del Código Civil, que establece la solidaridad de la obligación de reparar por parte de los causantes del daño [...]”

14.3. Señaló que el apartado acusado le atribuye a la parte demandada una competencia que no le ha asignado el legislador para señalar que la declaratoria de responsabilidad debe recaer en la EPS, ni para señalar los casos en que por excepción procede la declaratoria de responsabilidad solidaria con la IPS.

14.4. Sostuvo que la parte demandada no tiene competencia para señalar que la responsabilidad siempre será de las EPS, como lo hace la norma demandada, debido a que: “[...] Las EPS tiene dentro de sus obligaciones la de evaluar sistemáticamente la calidad de los servicios ofrecidos (Ley 100 de 1993, artículo 180, numeral 3, literal c), le corresponde al Juez, en el caso concreto, establecer si en la causación del daño por violación de la lex artis, participó tanto la IPS por no cumplir con el programa de seguridad del paciente, como la EPS por no cumplir de manera adecuada con la evaluación del sistema de calidad “[...]”.

¹⁴ El Despacho Sustanciador aceptó la solicitud de coadyuvancia, por medio de auto de 29 de marzo de 2019, visible a folio 203 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 171 a 193 del expediente.



14.5. Indicó que: “[...] *la Ley no establece que las EPS deben asumir los daños que los prestadores adscritos a su red y que se evalúan por regímenes de responsabilidad objetiva, y por tal razón dicha cobertura no hace parte de los factores que el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 establece para definir la UPC. Mal podría entenderse, además, que los daños que se mencionan deben ser asumidos por los socios de la EPS ni por el capital de la EPS, por cuanto ellos no se corresponden con el marco legal que regula la actividad [...]*”.

14.6. Adujo que en varias sentencias se ha condenado al profesional de la salud a cubrir el valor de la condena o un porcentaje de ella con ocasión de su participación en la realización del daño, indicando además el porcentaje con el cual debe responder el prestador de servicio (persona jurídica), de modo que, a la parte demandada no le correspondía señalar en el acto acusado que la responsabilidad siempre será de la EPS, puesto que ello depende de la valoración del caso concreto por parte del Juez.

14.7. Señaló que las EPS no tienen dentro de sus funciones cubrir el pago de indemnizaciones por daños causados en el ejercicio de la actividad médica que escapen al resorte propio de sus actividades y: “[...] *bien puede suceder, por vía de ejemplo, que la auditoría para garantizar la calidad de los servicios no guarde ninguna relación en la causación del daño por tratarse de una actuación repentina del profesional durante la realización de una cirugía, o por tratarse de la aplicación de un régimen de responsabilidad sin culpa, caso en el cual la ley no prevé que la EPS deba responder por el daño causado por la IPS o por el prestador vinculado a esta última [...]*”.

15. Respecto a la anterior intervención, al haberse presentado esta dentro de la oportunidad procesal que establece el artículo 146¹⁶ del Decreto 01 de 1984, se tendrán en cuenta los argumentos expuestos, siempre que estos no sean contrarios a los intereses de la parte demandante.

¹⁶ “[...] **Artículo 146.** *En los procesos de simple nulidad cualquier persona podrá pedir que se lo tenga como parte coadyuvante o impugnadora, hasta el vencimiento del término de traslado para alegar de conclusión en primera o en única instancia [...]*”.



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

16. La Sala abordará el estudio de las consideraciones, en las siguientes partes: i) la competencia de la Sala; ii) el acto administrativo acusado; iii) el problema jurídico; iv) el marco normativo de las Circulares de Servicio; v) el marco normativo sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud; y vi) el análisis del caso en concreto.

Competencia de la Sala

17. Vistos: i) el numeral 1 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo¹⁷ sobre la competencia del Consejo de Estado, en única instancia, aplicable en los términos del artículo 308¹⁸ de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011¹⁹, sobre el régimen de transición y vigencia; y ii) el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, sobre la distribución de los procesos entre las secciones de esta Corporación, la Sala considera que es competente para conocer del presente asunto.

18. Agotados los procedimientos inherentes al proceso de nulidad de que trata este asunto, y sin que se observe vicio o causal de nulidad que puedan invalidar lo actuado, se procede a decidir el caso *sub lite*, como se desarrollará a continuación.

Acto administrativo acusado

19. El numeral 2.1 de la Circular Externa núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010 establece lo siguiente:

¹⁷ “[...] Artículo 128. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden [...]”.

¹⁸ “[...] Artículo 308. Régimen de Transición y Vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”

¹⁹ “[...] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]”.



Número único de radicación: 11001032400020110014200
Demandante: Manuel José Medina Mendoza

“[...] 2.1 RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTRATO DE ASEGURAMIENTO EN SALUD.

A quien se afilia el usuario es al asegurador en salud, no al prestador de servicios de salud, y quien se compromete en la calidad, oportunidad, eficiencia en el servicio, en el manejo de la salud, en el manejo de la vida es el asegurador no el prestador, todo esto derivado de la responsabilidad contractual establecida por la firma del contrato de aseguramiento entre el asegurador y el afiliado, y entre el asegurador y el alcalde municipal en el caso del régimen subsidiado.

Conforme a la definición del aseguramiento en salud, son los aseguradores en salud y no los PSS, los responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia, y eficacia de la prestación de los servicios de salud, y por ende, los que deberán responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de los mismos, teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud, exige que el asegurador, asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y la vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud, derivado esto, de las obligaciones y responsabilidades contractuales que surgen del CONTRATO DE ASEGURAMIENTO.

La asunción directa de las responsabilidades en materia de servicios de salud, serán por parte de quien asegura, quien es el verdadero y directo responsable CONTRACTUAL, y no del prestador de servicios de salud, quien responderá solidariamente con el asegurador, solo cuando el PSS, habiéndose entregado por el ASEGURADOR, los elementos claves de atención esto es los requisitos que se deben tener en cuenta para la negociación y suscripción de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios de salud, haya hecho caso omiso a estos y haya generado la lesión, enfermedad, o incapacidad en el usuario, por su omisión, arbitrariedad y el desconocimiento de lo ordenado, pactado y planeado por el asegurador en salud [...]”. (lo subrayado es lo que se demanda).

Problemas jurídicos

20. Corresponde a la Sala determinar, con fundamento en la demanda y la respectiva contestación de demanda, lo siguiente: i) determinar qué naturaleza tiene el acto demandado y si en razón a esta, es posible realizar el control pretendido, o si por el contrario debe emitirse un fallo inhibitorio.

21. Dilucidado lo anterior y de ser procedente la acción de nulidad, se determinará: i) si la parte demandada, infringió el artículo 14 de la Ley 1222 de 2007, por cuanto el acto acusado definió que el contrato de aseguramiento en salud define la responsabilidad en la prestación de los servicios de salud es únicamente de la EPS y en algunos casos solidaria; ii) si la parte demandada vulneró el artículo 1568 del Código Civil con la expedición del acto acusado, debido a que creó una responsabilidad solidaria entre la EPS y la IPS sin que se hubiere pactado en el contrato, la ley o el testamento; iii) si se infringió el artículo 2341 del Código Civil



con ocasión de la expedición del acto acusado por violación del principio de indemnizar los daños causados y, iv) si la parte demandada, mediante la Circular Externa núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010, modificó la responsabilidad solidaria de los prestadores de salud y la solidaridad en la causación de daños sin tener competencia para ello al ser materia de reserva de Ley infringiendo los artículos 6, 29 y 365 de la Constitución Política.

22. En este orden de ideas, la Sala determinará si hay lugar o no a declarar la nulidad de la Circular Externa acusada.

Marco normativo y desarrollo jurisprudencial sobre las circulares de servicio

23. Visto el artículo 209 de la Constitución Política, sobre los principios de la función administrativa y el deber de las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, que dispone lo siguiente:

*“[...] **Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

***Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.** La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley [...]” (Resalta la Sala).*

24. Visto el artículo 41 de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998²⁰, sobre las funciones de orientación, control y evaluación de los superintendentes, que establece lo siguiente:

*“[...] **Artículo 41. Orientación y control.** La orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, **los superintendentes**, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo [...]” (Resalta la Sala).*

²⁰ “[...] Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones [...]”.



25. La Sección Primera de esta Corporación ha considerado sobre las circulares del servicio, lo siguiente²¹:

[...] Las instrucciones o circulares administrativas, son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, dependiendo básicamente de su contenido. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda.

*En ese sentido, mediante providencia del 3 de febrero de 2000, esta Sala manifestó: “El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. **Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados [...]**” (Resalta la Sala).*

26. La Sección Segunda de esta Corporación ha considerado que las circulares de servicio, en principio, tienen por objeto informar, instruir o impartir instrucciones, en los siguientes términos²²:

[...] El carácter jurídico de las Circulares Administrativas

[...]

Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de marzo de 2009, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, número único de radicación: 110010325000-2005-00285-00.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia de 17 de mayo de 2012, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, número único de radicación: 110010325000-2008-00116-00 (2556-08).



[...]

*También por vía de doctrina se han efectuado importantes aportes orientados a puntualizar la existencia de un acto administrativo y a distinguirlo de otro tipo de actos, como las llamadas circulares, tal como lo señala el tratadista Gustavo Penagos (Tomo I, El Acto Administrativo, 2008, pág. 303) “Siendo el Acto Administrativo, una decisión de cualquier órgano del Estado, o de los particulares, tendiente a crear, modificar o extinguir una relación jurídica; **se diferencia de las otras manifestaciones (Instrucciones, Circulares, Conceptos, Certificados) que no son decisiones, sino simples pronunciamientos de la administración, con el fin de cumplir sus deberes de orientación, coordinación o control (arts. 41 y 56 de la L. 489 de 1998).***

*Puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, **en una circular o carta de instrucción, se expidan decisiones, que son verdaderos actos administrativos, en tal caso se deben reconocer, y pueden ser demandables por vicios de su formación, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual ocurre con demasiada frecuencia.***

Lo esencial para distinguir un Acto Administrativo, de una simple manifestación de la administración, es que el primero contenga una decisión, no importa que la manifestación del Estado se la (sic) llame circular, instrucción, certificado” [...] (Resalta la Sala).

27. La Sección Cuarta de esta Corporación ha precisado la naturaleza y el concepto de las circulares de servicio, en los siguientes términos²³:

“[...] Las instrucciones o circulares administrativas son objeto de control jurisdiccional

[...]

Existen otras expresiones de la Administración que, en la medida que no tienen por objeto producir efectos jurídicos no son verdaderas decisiones o actos administrativos sino actos de servicio que son instrumentos de los que se vale el Gobierno para cumplir las tareas administrativas.

Las circulares o instrucciones que expide la Administración para dar a conocer el pensamiento o política del Gobierno sobre determinada materia, tienen por objeto ilustrar tanto a los funcionarios públicos como a los administrados sobre una determinada gestión. Estas instrucciones, como la que se demanda, contienen un conjunto de reglas de carácter interno, emanadas del superior, expedidas en ejercicio de sus atribuciones legales y destinadas a los funcionarios de la Administración para que ajusten determinada actividad a lo que en ellas se establece.

Expide entonces la Administración en ejercicio de su función opiniones, interpretaciones o pareceres que se convierten en reglas, que vinculan a los particulares ante la Administración.

Sí a través de tales actos, llámense instrucciones o circulares de servicio, la administración toma decisiones que afectan a los administrados en sus derechos sustantivos o procedimentales, esas decisiones, que obligatoriamente deben aplicar los funcionarios, (Decreto 2117 de 1992 artículos 12 literal d), 13 literal f), 57 literal a) y parágrafo, 76 parágrafo),

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia de 29 de marzo de 1996, Consejero Ponente: Julio Enrique Correa Restrepo; número único interno: 7324.



constituyen verdaderos actos administrativos que no pueden ser excluidos de control de legalidad [...].”

28. Esta Corporación ha considerado que las circulares de servicios se dividen en internas y externas, en los siguientes términos²⁴:

“[...] Naturaleza jurídica de las circulares y su control jurisdiccional de legalidad. Sobre la naturaleza jurídica de las circulares, el Consejo de Estado, en sus diferentes salas, ha comparado los actos administrativos ordinarios con aquellos de carácter informativo o instructivo, en los cuales no hay decisiones que produzcan efectos jurídicos nuevos, en el sentido de crear, modificar o extinguir una situación jurídica, de cara al control judicial sobre aquellos. [...]

Existen dos tipos de circulares, las externas y las internas. Las externas buscar orientar o direccionar la actuación de los particulares o administrados. Las internas buscan instruir a los funcionarios de la dependencia administrativa sobre el procedimiento que deben seguir en el desarrollo de sus actividades, en el cumplimiento de sus funciones, instrucciones que en un momento dado pueden llevar a que el funcionario tome decisiones que pueden tener un efecto jurídico sobre el administrado o el contribuyente tratándose de la Dian, efecto que podría no estar contemplado por una ley o decreto, caso en el cual la circular puede ser demandada ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Igual sucede con las circulares externas, pues estas pueden contener instrucciones u orientaciones que lleven al administrado a tomar unas decisiones que afecten sus propios intereses, afectación que ninguna ley o norma ha previsto, por tanto, es factible demandar la nulidad de dicha circular. [...]

Estos actos no contienen normas jurídicas, sino instrucciones, reproducciones, orientaciones o parámetros que se expiden por las autoridades administrativas para señalar con sencillez, de manera técnica o práctica, la debida aplicación de las disposiciones legales ya existentes que aseguren el buen funcionamiento de la administración. Lo anterior obliga a concluir que son actos materiales que pueden tener o no alcance jurídico [...].” (Resalta la Sala).

29. La Sala considera que las circulares de servicio, en estricto sentido, son un medio que utilizan las entidades para: i) instruir u orientar sobre el desarrollo de las actividades públicas con el objeto de cumplir con las funciones de forma coordinada y eficaz; ii) dar a conocer el concepto institucional de la entidad en relación con determinadas materias; y iii) reproducir o informar acerca del contenido de normas o decisiones adoptadas por otras autoridades.

30. Las circulares de servicio, en principio, carecen de contenido decisorio por cuanto no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, motivo por el cual no

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, providencia de 26 de julio de 2018, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cueter, número único de radicación: 11001325000-2011-00290-00 (1087-11).



son actos administrativos y tampoco son susceptibles de control judicial; sin embargo, en algunas ocasiones, las entidades expiden circulares que materialmente contienen decisiones con carácter vinculante y con la capacidad de alterar situaciones jurídicas, caso en el cual se trata de actos administrativos, susceptibles de control judicial. En ese orden de ideas, es necesario analizar el contenido y alcance de las circulares, en cada caso concreto, para determinar si se trata de una circular en estricto sentido o si, por el contrario, se trata de un acto administrativo.

31. Las circulares de servicio pueden ser: i) **internas**, si se trata de instrucciones impartidas a los subalternos al interior de la entidad, con el propósito de cumplir de manera coordinada, organizada y eficaz con las funciones públicas; ii) **externas**, cuando tienen por objeto brindar una información a la comunidad en general, para garantizar el adecuado acceso a la administración y para mejorar la comunicación y articulación entre las entidades y los administrados; y iii) **mixtas**, cuando brindan una información sobre el funcionamiento de la respectiva entidad que se dirige tanto a los subalternos para que cumplan con sus funciones, como a la comunidad para que tenga conocimiento sobre la posición institucional sobre determinada materia.

Análisis del caso en concreto

32. En el caso *sub examine*, el acto acusado, la Circular Externa núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010, suscrito por el Superintendente Nacional de Salud y dirigido a sus vigilados (EPS – IPS- ERP), cuyo objeto es poner en conocimiento de dichas entidades lo previsto en el Decreto núm. 1011 de 3 de abril de 2006²⁵, la Ley 1122 de 9 de enero de 2007²⁶ y el Decreto núm. 4747 de 7 de diciembre de 2007²⁷, que prevén normas sobre la prestación de los servicios de salud, sus responsables, las entidades responsables del pago, el aseguramiento en salud, la

²⁵ “[...] Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud [...]”

²⁶ “[...] Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones [...]”.

²⁷ “[...] por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones [...]”.



responsabilidad en el aseguramiento y las prácticas no autorizadas en la prestación del servicio.

33. En su numeral 1.º estableció que las entidades contratantes en la prestación de servicios de salud conforme lo previsto en el artículo 3 del Decreto núm. 4747 de 2007: “[...] Son entidades contratantes en la prestación de servicios de salud, las entidades responsables del pago de servicios de salud (ERP)²⁸, las entidades que ofrezcan planes adicionales de salud, los particulares y demás pagadores del sistema [...]”.

34. En su numeral 2.º, respecto al aseguramiento en salud, señaló que debe entenderse en los términos previstos en el inciso 1.º del artículo 14 de la Ley 1122, así:

“[...] Entiéndase por aseguramiento en salud.²⁹ 1. La administración del riesgo financiero. 2. La gestión del riesgo en salud. 3. La articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo. 4. La garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud [...] Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud, esto es, la salud y vida del usuario afiliado. Los aseguradores en salud deben coordinar las pautas necesarias para los procedimientos, ser diligentes y prudente en todos los contratos, y además, actuar con buena fe; si esto se aplica no tienen porque presentarse problemas en la atención de los servicios de salud. Lo que sí no se puede es desplazar la falta de diligencia al paciente para que pague, ya que todos somos pacientes potenciales, y lo que se está haciendo es proteger a la sociedad. Los aseguradores en salud deberán exigirle a sus prestadores de servicios de salud que toda actividad, procedimiento e intervención en salud tienen un protocolo y si estos se siguen disminuyen las responsabilidades y establecen una forma de salir a la defensa, en estos casos. El deber no es solo hacer la actividad, procedimiento e intervención, sino también todo lo correspondiente para que sea exitosa. Conforme a lo establecido por el artículo 38 del Decreto 1011 de 2006, los aseguradores en salud incorporarán, en sus Programas de Auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención en salud, procesos de auditoría externa que les permita evaluar sistemáticamente los procesos de atención a los usuarios por parte de los prestadores de servicios de salud y los definidos como tales. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la vigilancia, inspección y control sobre el desarrollo de los procesos de auditoría para el mejoramiento de la calidad por parte de los aseguradores en salud de acuerdo con lo definido en el artículo 59 del Decreto 1011 de 2006 [...]”.

35. En este contexto, el propósito del acto acusado es dar a conocer a las entidades vigiladas (EPS-IPS-ERP) por la Superintendencia Nacional de Salud que deben dar cumplimiento a las disposiciones sobre el aseguramiento en

²⁸ Literal b), artículo 3º del Decreto 4747 de 2007.

²⁹ Inciso 1.º del artículo 14, Ley 1122 de 2007



salud según lo previsto en el Decreto 1011 de 2006, el Decreto 4747 de 2007 y la Ley 1122 de 2007.

36. En ese orden, la circular de servicio externa acusada tienen por objeto brindar una información a las vigiladas, para garantizar el adecuado aseguramiento en salud y para mejorar la comunicación y articulación entre las entidades y los administrados.

37. El inciso final del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo permite que se pueda solicitar que se declare la nulidad de las circulares de servicio. Sin embargo, ello debe entenderse en cuanto estas contengan decisiones que sean constitutivas de actos administrativos, concebidos éstos como la declaración de voluntad de la administración que crea, modifica o extingue una situación jurídica, esto es, la decisión de la administración encaminada a producir efectos jurídicos.

38. En ese sentido, las circulares de servicio, en principio, carecen de contenido decisorio, por cuanto no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, motivo por el cual no son actos administrativos y tampoco son susceptibles de control judicial; sin embargo, en algunas ocasiones, las entidades expiden circulares que materialmente contienen decisiones con carácter vinculante y con la capacidad de alterar situaciones jurídicas, caso en el cual se trata de actos administrativos, susceptibles de control judicial. En ese orden, es necesario analizar el contenido y alcance de las circulares, en cada caso concreto, para determinar si se trata de una circular en estricto sentido o si, por el contrario, se trata de un acto administrativo³⁰.

39. Esta Sección de la Corporación³¹ señaló que el juzgador debe verificar si el pronunciamiento demandado (circular) constituye o no un acto administrativo, dado que no se limita a emitir una mera instrucción, sino que debe abordar una situación de contenido jurídico para quienes la aplican o respecto de quienes se dirige:

³⁰ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 14 de mayo de 2020; C.P. Hernando Sánchez Sánchez; número único de radicación 11001032400020090013000 [...]”.

³¹ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 20 de febrero de 2020; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; número único de radicación 11001-03-24-000-2010-00317-00 [...]”.



*[...] Esta revisión de los pronunciamientos de la Sección en torno a la posición de la Corporación frente a los actos controlables, permite identificar que **el criterio que impera y ante el cual se enfrenta el juzgador al momento de admitir la demanda o al decidir de fondo la misma, es aquel en el que se verifica si se cumplen los criterios que convergen para validar si el “pronunciamiento” demandado constituye o no un acto administrativo, pues no se limita a emitir una mera instrucción sino que debe abordar una situación de contenido jurídico para quienes la aplican o respecto de quienes se dirige.***

*Entonces, esta Sala destaca respecto del pronunciamiento de la Sección del año 2014, el cual se estructuró bajo la tesis del “ensanchamiento del ámbito del control judicial”, y que esta decisión rectifica, para reiterar que **en materia de control lo relevante es privilegiar que los asuntos que se judicialicen interesen al ámbito del derecho. Conferirle trámite a “toda manifestación de la función administrativa”, bajo el entendido que es susceptible de control conllevaría un raudal de demandas en aumento, las que ocuparían en igual proporción la actividad judicial respecto de aquellos asuntos que sí contienen una manifestación susceptible de control, que es finalmente sobre las cuales debe dirigir su función.***

Esta interpretación da cumplimiento al mandato superior que privilegia como fin del Estado el promover la vigencia de un orden justo, el cual se logra, entre otras formas, mediante la garantía de acceso a la administración de justicia para cuestionar los actos que por sus elementos, son controlables.

Precisamente y en orden a establecer cuándo un acto es susceptible de control, esta Sala privilegia el examen sobre la condición de acto demandable para establecer su carácter judicial, sin atenerse al criterio de la “manifestación de la función administrativa” y a las diferentes denominaciones que giran en torno al ejercicio de la función administrativa, sin que implique que por este hecho son actos controlables de la jurisdicción.

[...] Estas condiciones y los desafíos del juez lo llevan necesariamente a identificar que estén presentes los elementos de la decisión de la administración para determinar si es posible concurrir a su control, pues lo cierto es que no toda actuación de la función administrativa tiene el contenido para ser objeto de examen judicial.

*Ello, por cuanto ciertas actividades que cumple la administración, en desarrollo y organización de sus cometidos y funciones, no suponen el arraigo de los elementos de la decisión controlable, **en tanto muchas veces tiene que ver con la operatividad de la función, esto es, la realización de una regulación previa, lo que no posibilita el examen de legalidad que sí se predica de una decisión con efectos jurídicos frente a los administrados.***

[...]

Del análisis de las providencias dictadas en sentido contrario al pronunciamiento del año 2014, denominado “ensanchamiento del ámbito del control judicial” y de lo aquí expuesto, la Sala rectifica dicha posición, que permitía ejercer control judicial respecto de todas las denominadas circulares, instrucciones u órdenes, para, en su lugar, señalar que serán pasibles de enjuiciamiento ante la jurisdicción las decisiones administrativas, independientemente de su denominación, solo aquellas que tengan la capacidad de producir efectos jurídicos vinculantes y, por lo mismo,



controladas por las causales de nulidad previstas por el legislador [...]”.
(Negrillas fuera de texto).

40. Esta Sección de la Corporación ha precisado que: “[...] *la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado por lo que, a contrario sensu, de no ser así, si se limita a reproducir lo decidido por otras normas o por otras instancias con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda [...]”³².*

41. Sobre el particular, la Sección Primera de la Corporación ha señalado que la circular (acto administrativo) sometida a control jurisdiccional es aquella que contiene una manifestación unilateral de voluntad que produce efectos jurídicos:

“[...] En conclusión, el Acto Administrativo unilateral sometido al control jurisdiccional, es el acto jurídico como manifestación de la voluntad destinada a producir efectos de derecho, que contiene una decisión de naturaleza administrativa; en sentido orgánico y material es un acto decisorio de la administración pública, una manifestación unilateral de voluntad suya con el fin de producir efectos jurídicos”.

“[...] Una Circular de un funcionario administrativo, así como puede contener un simple concepto o una recomendación, por ejemplo, o sea que no es una manifestación de voluntad dirigida a producir efectos de derecho, es posible que contenga una decisión que se pretende sea acatada por las personas a quienes va dirigida. En el primer caso, que la coloca al margen de la categoría de los actos jurídicos, no es objeto de conocimiento por esta jurisdicción, ni por ninguna otra; en el segundo sí, puesto que constituye un acto decisorio de la Administración [...]”³³.

42. Sobre la naturaleza jurídica de las circulares, la Sección Primera de la Corporación, ha reiterado la diferencia entre las que constituyen actos

³² “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 11 de abril de 2019; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; número único de radicación 11001032400020120021100 [...]”.

³³ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 14 de octubre de 2010; C.P. María Elizabeth García González; número único de radicación: 110010324000200600132-00 [...]”. En el mismo sentido ver: “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 7 de abril de 2011; C.P. María Elizabeth García González; número único de radicación: 11001032400020070007900 [...]”.



administrativos y aquellas de carácter informativo o instructivo, en las cuales no hay decisiones que produzcan efectos jurídicos nuevos, en el sentido de crear, derogar o modificar una situación jurídica:

“[...] Sobre el particular, han sido copiosas las precisiones jurisprudenciales y doctrinarias sobre el alcance jurídico de las circulares externas y las instrucciones de servicio. A manera de ilustración, basta citar algunas así:

El alcance jurídico de los Actos Administrativos de servicio, es el de instruir, orientar o coordinar a la administración, pero, jamás tienen la virtualidad de obligar, ejemplo los conceptos de los asesores jurídicos; los certificados de tiempo de servicio.

Puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, en una circular o carta de instrucción, se expidan decisiones, que son verdaderos Actos Administrativos, en tal caso se deben reconocer, y pueden ser demandables por vicios en su formación, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, lo cual ocurre con demasiada frecuencia

De la misma manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. Pero si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales.

Y en reciente providencia emanada de esta Sala se manifestó sobre el particular: Esa posibilidad de demandar las circulares de servicio está condicionada a que las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, para efectos de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto pasible de demanda [...]”³⁴.

43. Sobre el particular, la Sección Primera de la Corporación³⁵ ha señalado que las circulares de servicio son susceptibles de ser demandadas cuando contengan una decisión de la autoridad pública capaz de producir efectos jurídicos:

“[...] En virtud de lo anterior, la Sala considera pertinente precisar la noción de acto administrativo, el cual se define como la manifestación de la voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos, en la medida en que crea, extingue o

³⁴ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 23 de septiembre de 1994; C.P. Yesid Rojas Serrano; número único de radicación CE-SEC1-EXP1994-N2819 [...]”.

³⁵ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 20 de febrero de 2020; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; número único de radicación 11001-03-24-000-2010-00317-00 [...]”.



Número único de radicación: 11001032400020110014200
Demandante: Manuel José Medina Mendoza

modifica situaciones jurídicas, siendo en consecuencia susceptible, de ser sometido a estudio de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, se resalta, que la Administración también puede expedir actos que no ostentan el carácter de ser actos administrativos, verbigracia los que contienen simples orientaciones o instrucciones, como en el caso de algunas Circulares.

No obstante lo anterior, como ya lo expresó esta Corporación al referirse a las Circulares de servicio, puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, a través de una circular o de una carta de instrucción, se expidan decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, tales actos pueden ser demandados ante esta Jurisdicción.

En efecto, en sentencia de 9 de marzo de 2009 (Expediente núm. 2005-00285, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Planeta), la Sala, al respecto, precisó:

“[...] Las instrucciones o circulares administrativas, son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, dependiendo básicamente de su contenido. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda.

En ese sentido, mediante providencia del 3 de febrero de 2000, esta Sala manifestó: <El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación 5236 del 3 de febrero de 2000. C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta). (Subrayas fuera del texto) [...]”.

Conforme a lo anterior, se tiene que la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado por lo que, a contrario sensu, DE NO SER ASÍ, SI SE LIMITA A REPRODUCIR LO DECIDIDO POR OTRAS NORMAS O POR OTRAS INSTANCIAS CON EL FIN DE INSTRUIR A LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE EJERCER DETERMINADAS COMPETENCIAS, ENTONCES, LA CIRCULAR NO SERÁ UN ACTO SUSCEPTIBLE DE DEMANDA”.

Se concluye, pues, que en el caso concreto, LA CIRCULAR NÚM. DESAJ-COAY 17-082 DE 18 DE ABRIL DE 2017 NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JUDICIAL, POR CUANTO NO PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS, EN TANTO QUE POSEE UN CARÁCTER MERAMENTE INFORMATIVO, por lo que se impone rechazar la



Número único de radicación: 11001032400020110014200
Demandante: Manuel José Medina Mendoza

demanda de la referencia, a voces de lo dispuesto en el artículo 169, numeral 3, del CPACA [...].

“[...] - Circular. Auto de 29 de marzo de 2019, dictado en la Audiencia inicial (Nulidad, expediente núm. 11001-03-24-000-2013-00327-00, Actor: Juan Evangelista Soler Reyes, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés):

“[...] con miras al saneamiento del proceso, lo primero que resaltare es la Naturaleza jurídica de dos de los actos que fueron acusados por el actor: la Circular 174 de 19 de diciembre de 2012”; y de la Resolución 766 de 7 de junio de 2013, cuyos epígrafes describí de forma plena anteriormente.

“[...]”

En el caso de autos se demanda la Circular 174 de 19 de diciembre de 2012, por medio de la cual se dan unas instrucciones a los Delegados del Registrador del Estado Civil y a los Registradores Distritales, Especiales y Municipales del Estado Civil respecto del “trámite de la revocatoria del mandato contenido en las Leyes 131 y 134 de 1994 y 741 de 2002”.

“[...]”

En este sentido y de la lectura de la misma, EL DESPACHO ENCUENTRA QUE EN ELLA LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL SE LIMITÓ A COMPILAR LA NORMATIVA EN DICHA MATERIA, ESTO ES, EN LO RELACIONADO CON LA VERIFICACIÓN DE FIRMAS Y CERTIFICACIÓN DE LAS MISMAS, RECURSOS Y CONVOCATORIA, POR LO QUE DE NINGUNA MANERA ADOPTÓ UNA DECISIÓN DE NATURALEZA GENERAL NI PARTICULAR, CON EFECTO JURÍDICO DIRECTO.

En conclusión, los referidos actos en el presente proceso no resultan ser susceptibles de control jurisdiccional al tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 169, razón por la cual el Despacho dispone RECHAZAR la demanda presentada respecto de la Circular 174 de 19 de diciembre de 2012”; y de la Resolución 766 de 7 de junio de 2013, expedidos por la Registraduría Nacional del Estado Civil. La anterior decisión se notifica en estrados y procede el recurso de súplica, de conformidad con el artículo 246 del CPACA. [...]” (Subrayas, mayúsculas y negrillas fuera del texto).

44. En el presente asunto, mediante auto de 30 de junio de 2016³⁶, se decretó una prueba solicitada por la parte demandante en la que se determinó oficiar a la Superintendencia Nacional de Salud para que informara: “[...] *Cuáles son sus funciones como ente de inspección, vigilancia y control sobre las entidades del sistema general de seguridad social en salud y la facultad con la cuál reglamentó los apartes demandados de la Circular No 000066 del 2010 [...].*”

45. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud dio respuesta al oficio en el que indicó:

“[...] las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud se encuentran establecidas en la Ley 1122 de 2007, el Decreto 1018 de 2008 (vigente para la fecha

³⁶ Folio 156 del Cuaderno núm. 1.



de expedición de la Circular No. 66 de 2010) [...] Sobre la solicitud “se sirva informar sobre la (...) la facultad con la que reglamentó los apartes demandados de la circular No. 66 del año 2010” [...] no reglamenta de manera alguna dicho tema, pues, en primera lugar corresponde señalar que esta Superintendencia no tiene funciones para reglamentar situaciones relacionadas con el (SGSSS), siendo esta una competencia del Ministerio de Salud y Protección Social, por tanto, lo que realiza esta entidad a través de sus Circulares es impartir instrucciones a sus vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad dentro del sistema, así como fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación. En consecuencia, no puede confundirse la función legal que se tiene de impartir instrucciones con la de expedir regulaciones que es propia del Ministerio de Salud y Protección Social.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento, esto es, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el usuario asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios De Salud (hoy Plan de Beneficios).

A su vez, como se expuso con anterioridad, de acuerdo con lo señalado con el artículo 6, numeral 23, del Decreto 1018 de 2007 [...] la Superintendencia Nacional de Salud tiene la función de emitir instrucciones a los vigilados, entre esos las EPS, sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

En consecuencia, fue en cumplimiento de estas disposiciones normativas que la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Circular No. 66 de 2010 [...] y; dentro de los temas tratados, se encuentra el relativo al aseguramiento del riesgo en salud a cargos de las EPS conforme dispone el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 [...]”.

46. En esa medida, el aparte acusado de la Circular núm. 000066 de 23 de diciembre de 2010, fue expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, en uso de las atribuciones instructivas del artículo 6 del Decreto 1018 y en el marco del artículo 14 de la Ley 1122 el cual señala que el asegurador asume el riesgo transferido por el usuario, se encuentra obligado a cumplir con el POS y es responsable de las funciones indelegables del aseguramiento.

47. Del análisis del acto acusado y la norma con fundamento en la cual fue expedido, se observa lo siguiente:



48. Por una parte, el artículo 14 de la Ley 1122³⁷ definió la naturaleza del aseguramiento en salud a cargo de las EPS, de cuyo texto se advierte cómo hay un traslado inmediato del riesgo del afiliado a la EPS la que se encarga de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento, entre las que se encuentran el riesgo financiero, la gestión de riesgo en salud, la garantía de acceso efectivo, la garantía de calidad en la prestación del servicio y la representación del afiliado ante el prestador.

49. En concordancia, la Circular demandada señala: i) el usuario se afilia al asegurador en salud (EPS) y no al prestador de salud; ii) la EPS (asegurador) se compromete en la calidad, oportunidad, eficiencia en el servicio y en el manejo de la salud y la vida derivado de la responsabilidad contractual en virtud de la firma del contrato de aseguramiento; iii) conforme a la definición del aseguramiento en salud son las EPS (aseguradores) y no los PSS los responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud; iv) la EPS deberá responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de los mismos, puesto que asumió el riesgo (salud y vida del asegurado) y debe dar cumplimiento al plan obligatorio de salud, derivado de las obligaciones y responsabilidades contractuales que surgen del contrato de aseguramiento.

50. Asimismo, el último inciso del numeral 2.1 del acto acusado señala que la asunción directa de las responsabilidades en materia de servicios de salud será por parte de quien asegura, por ser el verdadero y directo responsable contractual y no del prestador del servicio de salud, y que el PSS responderá solidariamente con la EPS (asegurador) solo cuando el prestador de servicios de salud, habiéndose entregado por la EPS, los elementos claves de la atención, esto es, los requisitos que se deben tener en cuenta para la negociación y suscripción de los acuerdos de voluntad para la prestación de los servicios de salud, haya hecho

³⁷ “[...] ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento [...].”



caso omiso a estos y haya generado la lesión, enfermedad, o incapacidad del usuario, por su omisión, arbitrariedad y el desconocimiento de lo ordenado, pactado y lo planteado por el asegurador en salud.

51. Este último inciso de la circular analizada hace referencia a un caso de responsabilidad civil (relación IPS-asegurado) en aplicación de lo previsto en el artículo 2344 del Código Civil en la cual el prestador del servicio genera un daño al usuario del servicio de salud por omisión, arbitrariedad y el desconocimiento de lo ordenado, pactado y lo planteado por el asegurador en salud (EPS). El acto acusado dispone que el prestador de servicios de salud responderá solidariamente con la EPS (asegurador) en ese evento.

52. Así las cosas, para la Sala el acto acusado no contiene los elementos de una decisión con efectos jurídicos hacia los administrados, por las siguientes razones:

53. Lo que pretendía la Superintendencia Nacional de Salud con la expedición del acto acusado era instruir a sus vigiladas sobre el cumplimiento de la Ley 1122 en el marco del aseguramiento en salud. En efecto, la explicación contenida en el acto acusado se da con el fin de asegurar que las actuaciones de las EPS se ciñan a los parámetros que han fijado con anterioridad las normas en que se funda el aseguramiento en salud, por cuanto los factores considerados en la Ley se repiten en la circular acusada.

54. El numeral 2.1 de la circular acusada no establece ninguna regla o manifestaciones concretas de voluntad que produzca efectos jurídicos y no crea, modifica ni extingue situaciones jurídicas generales y/o particulares que se aparten de la reglamentación que refieren como fundamento de su expedición. De su contenido no se infiere que la administración esté adoptando decisión alguna que implique una manifestación de voluntad capaz de producir efectos jurídicos, sino que a través de la misma se da a conocer y se insta a las entidades vigiladas (EPS-IPS) para que cumplan con lo previsto en la Ley 1122.



55. Si se analiza la circular acusada con la Ley 1122 y el Código Civil, se observa claramente que la primera no contiene ningún aspecto distinto al contemplado en el ordenamiento jurídico y, por tanto, no configura un acto administrativo que cree, modifique o extinga una situación, dado que lo único que hace es recoger lo previsto por el legislador.

56. Según se ha expuesto, por una parte, la Ley 1122 regula el aseguramiento en salud en virtud del contrato entre EPS y afiliado en el que no se menciona a la IPS y por la otra, la responsabilidad civil extracontractual solidaria entre EPS - IPS está en función de las normas generales señaladas en el Código Civil, razón por la cual se ratifica el régimen de indemnización de daños y no se regula nada distinto de lo previsto en la Ley.

57. Comoquiera que la circular acusada consideró y aplicó las normas de la Ley 1122 y el Código Civil, la Sala no advierte que en su contenido tenga aspectos controlables por esta Jurisdicción y, por lo tanto, no contiene poder decisorio del cual se derive que es un acto pasible de debatirse a través de la acción de nulidad.

58. De esta manera, para la Sala el aparte del numeral 2.1. de la circular acusada no es susceptible de control judicial, por lo que procederá a declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo, justificado en el hecho de no existir una decisión con las características de un acto demandable.

Conclusión de la Sala

59. En suma, la Sala se inhibirá para emitir un pronunciamiento de fondo, por cuanto el acto acusado no es una decisión con las características de acto administrativo demandable, de conformidad con las razones expuestas *supra*.

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



Número único de radicación: 11001032400020110014200
Demandante: Manuel José Medina Mendoza

III. RESUELVE:

PRIMERO: INHIBIRSE de proferir sentencia de fondo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado, que, una vez en firme esta sentencia, archive el expediente, previas las anotaciones a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Presidente
Consejero de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero Estado
Salva voto

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado