



Función Pública

Sentencia 59 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ
Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-26-000-2004-00059-00

Actor: CLAUDIA JEANETTE BAUTISTA CHAVARRIAGA Y FUNDACION DE USUARIOS DEL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO FUSISCO Y OTRO

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD (acumulados núms. 2004 00059 00 y 2005 00194 01).

Se procede a dictar sentencia de única instancia en los procesos acumulados bajo los radicados núms. 2004 00059 00, Actora: CLAUDIA JEANETTE BAUTISTA CHAVARRIAGA y 2005 00194, Actora: FUNDACIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO - FUSISCO Y OTRO, en los cuales demandaron la nulidad de algunas disposiciones de la Resolución núm. 838 de 26 de marzo de 2004, expedida por el Ministerio de la Protección Social, “por la cual se adoptan las Minutas del Contrato de Aseguramiento del Régimen Subsidiado y se dictan otras disposiciones” y el párrafo del artículo 18 del Acuerdo 244, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, “por medio del cual se definen la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. La acumulación fue ordenada mediante auto de 9 de abril de 2012, que resolvió decretar de oficio la acumulación del proceso núm. 2005-00194 al proceso núm. 2004-00059.

I. PROCESO NÚM. 2004-00059-00.

La ciudadana CLAUDIA JEANETTE BAUTISTA CHAVARRIAGA, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda con la pretensión de que se declare la nulidad del aparte subrayado de la cláusula tercera numeral 8° incorporada al Contrato para la Administración de Recursos del Régimen Subsidiado, de la Resolución núm. 838 de 26 de marzo de 2004, expedida por el Ministerio de la Protección Social.

I.1.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.

I.1.- Como hechos relevantes de la demanda se señalan los siguientes:

1°. El Ministerio de la Protección Social en ejercicio de las facultades conferidas por el Párrafo del artículo 28 del Decreto 050 de 2003 y el artículo 7° del Decreto 163 de 2004, expidió la Resolución 838 de 26 de marzo de 2004.

2°. A través de la Resolución acusada se adoptan las minutas de los Contratos de Aseguramiento del Régimen Subsidiado que facilitan la homologación de las condiciones contractuales entre las Entidades Territoriales y las Administradoras del Régimen Subsidiado.

3°. En la cláusula tercera de dicha minuta se establecen las obligaciones de las ARS, señalando en el numeral 8° la de celebrar convenios con la entidad territorial competente, con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de salud en lo concerniente a lo no cubierto por el POS-S, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 del Acuerdo 244 del CNSSS.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones la actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política establecen el carácter de servicio público obligatorio e irrenunciable que tiene el Sistema de Seguridad Social y que es el Estado quien debe definir sus políticas, ejercer su control y vigilancia estableciendo las competencias de la Nación, entidades territoriales y de los particulares, determinando los aportes a su cargo de acuerdo con lo establecido por las leyes.

Por lo anterior, el Congreso de la República expide la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, citando la parte actora los artículos 152, 156, 157 - 2, 162 y 211, de los cuales deduce que la regla señalada para el funcionamiento del Régimen Subsidiado se basa en el aumento progresivo de los servicios a cargo de las ARS, con el consiguiente aumento de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), determina la forma en que opera el Régimen Subsidiado, encargado de diseñar los programas para que sus beneficiarios (población pobre y vulnerable) alcancen el Plan Obligatorio de Salud. La manera como se financia el Régimen Subsidiado, es a través de la UPC para que las ARS presten los servicios.

La Unidad de Pago por Capitación (UPC) está contemplada en el artículo 213 de la Ley 100 de 1993. Las UPC presentan dos características: un valor de aseguramiento y un monto calculado del valor del servicio, características a las cuales la Corte Constitucional hizo alusión en la sentencia C-1480/00.

A través del Acto Legislativo Núm. 1 de 1993, se creó el sistema general de participaciones, con el objeto de garantizar los servicios públicos a cargo de los entes territoriales. A su vez dicho acto fue desarrollado por la Ley 715 de 2001, que establece, entre otros, el marco de competencia de la Nación y de los entes territoriales en el sector salud (artículos 43, 44 y 45).

El CNSSS mediante los Acuerdos 72, 74, 77, 228 y 248 ha señalado los servicios cubiertos por el POS-S, entre ellos la atención básica de primer nivel, acciones de prevención de enfermedades, de recuperación de salud, atención hospitalaria, ambulatoria en segundo y tercer nivel, medicamentos y ayudas diagnósticas.

La Ley no establece la posibilidad de obligar a las ARS a garantizar el acceso a servicios no POS-S, ampliando de esta forma ilegalmente el POS-S, lo cual no puede hacer el Gobierno vía Resolución y sin ajustar para este efecto la UPC-S.

Concluye que los entes territoriales no están facultados para obligar vía convenio, a las ARS, a garantizar el acceso a servicios no POS-S. y en el evento de hacerlo, estarían atacando el equilibrio del sistema y la calidad del servicio.

I.2.- CONTESTACION DE LA DEMANDA.

El Ministerio de la Protección Social, se opone a que se efectúen las declaraciones solicitadas por la parte actora.

Fundamenta sus razones de manera general en que conforme a los artículos 48 y 49 de la Constitución Política la prestación de los servicios de salud, se encuentra sujeta a la intervención del Estado, confiándole las facultades necesarias y suficientes para ejercer la dirección y disponer la reglamentación referida a la organización y funcionamiento de los mismos.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993, respecto del régimen subsidiado, señala, por una parte, que los afiliados a éste son aquellas personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, establece además que el objetivo a cubrir con dichos subsidios es la población más pobre y vulnerable del área urbana y rural.

Advierte que el régimen subsidiado es una de las formas de acceder a la prestación de los servicios de salud establecidos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De manera específica el Ministerio de la Protección Social fundamenta sus razones señalando el marco normativo que dio lugar al acto que se acusa. Así, del artículo 28 del Decreto 050 de 2003 se establecen las minutas o formatos correspondientes a los contratos que para efectos de la prestación de servicios de salud en el POS-S celebre la Entidad Territorial con las diferentes Administradoras de Régimen Subsidiado.

De otra parte, el artículo 7° del Decreto 163 de 2004 “por el cual se reglamenta el artículo 216 de la Ley 100 de 1993” prevé:

“Artículo 7°. Homologación. El Ministerio de la Protección Social elaborará una minuta del contrato de aseguramiento que facilite a las entidades territoriales homologar las condiciones contractuales con las EARS”.

De la disposición transcrita es evidente que se establece un mecanismo de concertación previamente previsto en el Acuerdo 244 del CNSSS, a

través del cual optimiza y garantiza que los recursos destinados a la financiación de la prestación de los servicios no incluidos en el POS Subsidiado, efectivamente llegan de manera íntegra a cumplir la financiación y garantizar la continuidad de estos servicios teniendo como destinatarios la mayor parte de la población pobre y vulnerable de Colombia.

Además, la norma tiene como finalidad concretar que la prioridad es la prestación de los servicios de salud que si bien están por fuera del POS Subsidiado, tienen un responsable de su financiación que es el ente territorial.

La Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 244 del CNSSS, norma con fuerza de Decreto, establece un mecanismo que puede ser adoptado por las partes, toda vez que la suscripción de un contrato como generador de obligaciones, parte del presupuesto de un acuerdo de voluntades, que en ese sentido se constituye en ley para las partes, y en ese orden de cosas no tiene sustento alguno lo esgrimido por la actora al manifestar que se está obligando a las ARS a garantizar unos servicios por fuera del POS Subsidiado.

El artículo 218 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1° del Decreto 1283 de 1996, definen el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, fondo que presenta subcuentas (artículo 219 de la Ley 100 de 1993), encontrándose la de solidaridad del régimen de subsidios en salud.

Los recursos que administra la anterior subcuenta tienen por objeto garantizar la afiliación de la población pobre y vulnerable al Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud, a través de la cofinanciación de los subsidios.

En consecuencia, la subcuenta garantiza la prestación de servicios de salud del POS Subsidiado. Y el ente territorial, de conformidad con las competencias establecidas en la Ley 715 de 2001, le señala al Departamento la dirección, coordinación y vigilancia del sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción.

II.- PROCESO NÚM. 2005-00194-01.

LA FUNDACIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO - FUSISCO Y OTRO, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda con la pretensión de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: cláusula octava incorporada al contrato para la administración de recursos del régimen subsidiado contenida en la Resolución núm. 838 de 2004, "por la cual se adoptan las minutas del Contrato de Aseguramiento del régimen subsidiado y se dictan otras disposiciones", parágrafo del artículo 18 del Acuerdo 244 de 2003 "por medio del cual se definen la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

II.1.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.

II.1.- Como hechos relevantes de la demanda, se señalan los siguientes:

1°. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, expidió el Acuerdo núm. 244 de 2003, y el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución núm. 0838 de 2004.

2°. Con el parágrafo del artículo 18 del Acuerdo 244 de 2003 y la cláusula octava incorporada al contrato para la administración de recursos del régimen subsidiado, contenida en la Resolución 838 de 2004, se vulnera el derecho que tienen las entidades promotoras de salud, administradoras del Régimen Subsidiado o Empresas Solidarias de Salud, que afilien beneficiarios del régimen subsidiado a recibir por cada uno de los afiliados a los que se les ha prestado el servicio el valor de la unidad de pago por capitación correspondiente.

II.2.- En apoyo de sus pretensiones la parte accionante adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Las normas demandadas infringen disposiciones constitucionales y legales: artículos 49 y 48 de la Constitución Política, 2° y 216 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 216 de la Ley 100 de 1993, ordena el pago a las entidades promotoras de Salud, Empresas Solidarias o Administradoras del Régimen Subsidiado, que afilien beneficiarios al régimen subsidiado por cada uno de los afiliados hasta el valor de la unidad de pago por capitación correspondiente.

Con lo afirmado se afecta el derecho que tienen las Administradoras del Régimen Subsidiado a obtener el pago a cargo de los Entes Territoriales de la unidad de pago por capitación correspondiente, pues las administradoras en cumplimiento de sus deberes legales siempre están dispuestas a cumplir con su obligación de prestar el servicio a toda la población asegurada, sin importar si la totalidad de la misma se encuentra carnetizada, observando que lo perseguido por la Ley 100 de 1993, era el acceso oportuno de toda la población a los servicios de salud, sin exigir requisitos adicionales que imposibiliten dicho acceso.

El carnetizar a la totalidad de los usuarios, busca a lo largo del contrato la exclusión de este tipo de población (no carnetizada) desconociendo que se trata de los más vulnerables y desprotegidos, sin mirar la finalidad de la norma.

Se vulnera los artículos 49 de la Constitución Política y 4° del Acuerdo 192 de 2001, al presentarse rompimiento del equilibrio económico contractual que afecta a las ARS, al tener estas que asumir la financiación de los servicios que le son descontados por población no carnetizada, trasladando el deber del Estado de garantizar el acceso a la prestación del servicio a las entidades Administradoras del Régimen Subsidiado, las cuales solo son administradoras de los recursos de los entes territoriales para una población vulnerable que debe recibir protección por parte del Estado.

II.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

II.2.1.- El Ministerio de la Protección Social se opone a las declaraciones y condenas solicitadas por la actora.

Considera que no es cierta la violación del principio de eficiencia y el carácter de servicio público a cargo del Estado consagrados en los artículos 48 y 49 de la Carta Política, pues justamente en aras de una mejor utilización social y económica de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (no de las EPS ni de las ARS), disponibles para la prestación adecuada, oportuna y suficiente de la seguridad social y de los servicios de salud requeridos por la población pobre y vulnerable, se hace indispensable y obligatoria la carnetización de los afiliados para el reconocimiento de la Unidad de Pago por Capitación - Subsidiada, de una parte, porque ello constituye (con excepción de los menores de un año por razones obvias) condición ineludible para acceder a los servicios de salud en forma tal que ninguna EPS ni institución prestadora del servicio permita el acceso a los mismos a quien no se encuentre afiliado y carnetizado y presente el respectivo carné de afiliado al Sistema, y de la otra, porque el afiliado que no esté carnetizado no puede acceder a los servicios de salud, pues ello constituiría una violación de la misma ley, que la entidad prestadora pretenda obtener la UPC respecto de una persona que no tiene ni puede tener acceso a los servicios de salud, con la consecuente indebida destinación de los recursos de la seguridad social que ello implica y la violación del principio de eficiencia que rige la prestación de este servicio público esencial.

La expedición de las normas demandadas, lo que hizo fue dar cabal aplicación al principio de eficiencia, lo mismo que al mandato constitucional en virtud del cual el Estado debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de salud y reglamentar la prestación de los mismos, todo ello con el propósito de velar por la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en la ley, de desarrollar y cumplir las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud y fundamentalmente de evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se apliquen a fines diferentes.

En cuanto a la violación del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, que la parte actora concreta en el descuento por la población no carnetizada a la que efectivamente se le ha prestado el servicio, establecida en unas normas de rango inferior a la Ley 100 de 1993, desconociendo el mandato legal que ordena el pago a las entidades promotoras de salud por cada uno de los afiliados de la UPC, para el Ministerio de la Protección Social resulta equivocada, a la luz de las normas de la propia ley 100 de 1993, pues dando cumplimiento a las obligaciones y responsabilidades propias de las EPS en materia de afiliación y registro de sus afiliados, podrían las EPS y ARS válidamente acceder a la UPC que el Sistema les reconoce por cada afiliado, de acuerdo con el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, y no se entendería como si estas entidades no cumplen la condición básica de organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio para cada afiliado, para lo cual es indispensable el carné de afiliado que efectivamente garantice el acceso a los servicios.

II.2.2.- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a las declaraciones solicitadas por la parte actora, por las razones que a continuación se resumen:

La carnetización de los afiliados es un elemento de orden y control para la operación del Régimen Subsidiado, pues permiten la verificación de varias situaciones necesarias, por ejemplo, los afiliados en muchísimas ocasiones suscriben más de un formulario de afiliación con distintas ARS según unas y otras les ofrezcan diversos beneficios, por cuanto desconocen el detalle de las disposiciones relativas a la afiliación en una única ARS. En este sentido, la entrega del carné por parte de la ARS en la cual la afiliación ha resultado válida, le da al afiliado un sentido de pertenencia y la certeza de conocer la entidad que se encargará del aseguramiento de los riesgos inherentes a su salud.

No comparte la afirmación de la parte demandante de que con la exigencia de la carnetización se crean barreras de acceso a la población no carnetizada, por el contrario, lo que se ha generado con las normas vigentes es un sentido de pertenencia por parte del afiliado, ya que al contar con un carné que lo identifique y lo acredite como tal puede hacer exigible sus derechos en salud; y un mecanismo de transparencia para las IPS y ARS, para garantizar la prestación eficiente del servicio público de seguridad social en salud a los afiliados a dicho régimen.

En conclusión, resulta indispensable la existencia de un mecanismo que permita identificar los afiliados al régimen subsidiado, ya que de no ser así se generaría un gran efecto negativo sobre el financiamiento del Sistema, ya que podrían estar recibiendo los servicios de salud personas que no tienen derecho, en menoscabo de los derechos de aquellas personas efectivamente afiliadas y que cumplen con las condiciones para pertenecer al régimen subsidiado.

De otra parte, considera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que la parte demandante se equivoca al señalar que la ley por sí misma contiene el mandato simple y llano de que el Sistema General de Seguridad Social en Salud deba pagar a las entidades de aseguramiento la UPC, sin que se requiera el cumplimiento de ningún otro requisito, pues el numeral 7° del artículo, ibídem, no contiene dicho mandato en la forma alegada por la accionante, y la pretensión de que el pago procede sin el cumplimiento de otro requisito es tan solo su interpretación personal.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el artículo 12 del Acuerdo 244, ha definido en uso de sus competencias, la Forma y Condiciones en que se afilia la población al Régimen Subsidiado y ha señalado la manera en que se concreta y verifica la afiliación al Régimen Subsidiado.

A su juicio, las normas acusadas no vulneran el artículo 48 y 49 de la Constitución Política, habida cuenta de que si el usuario afiliado al Régimen Subsidiado no ha recibido o reclamado su carné que lo acredita como tal, en el momento en que se presente ante la ARS ésta tiene la obligación de suministrárselo y, por ende, el usuario tiene acceso pleno a los servicios de salud que requiera en las condiciones previstas para el Régimen Subsidiado, con lo cual, se desvirtúa que el requisito de un carné previsto en las normas demandadas vulnere los artículos mencionados, pues se ha previsto lo necesario para garantizar el acceso del afiliado a los servicios.

III.- ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

III.1.- El Ministerio Público en el proceso radicado bajo el núm. 2004-00059, actora Claudia Jeannette Bautista Chavarriaga, consideró que la pretensión anulatoria está llamada a prosperar, por las razones que a continuación se resumen:

Al estudiar las normas en que se fundamentó el Ministerio de la Protección Social para expedir la Resolución acusada, así como las disposiciones de la Constitución Política artículos 48 y 49 y la Ley 100 de 1993, artículos 152 al 248, se evidencia que delimitan la celebración de los contratos entre las entidades territoriales y las ARS, para la administración del régimen subsidiado, lo que a su vez lleva a entender que se refiere a los servicios incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S y no, a los no incluidos en él, pues son aquellos los que están a cargo de las instituciones prestadoras de salud.

Que se lee en la demanda que el artículo 42 del Acuerdo 244, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -que dicta la cláusula Tercera de la minuta folio 15 Cuaderno Principal-, señala los mecanismos de coordinación para la prestación de servicios no POS-S, y dispone que, para esos efectos, las ARS podrán celebrar convenios con las entidades territoriales.

Frente a lo anterior, reitera que las normas que sirvieron de sustento para la expedición de la Resolución 0838 de 2004 - que adoptó las minutas de contratos de aseguramiento del Régimen Subsidiado-, regulan la prestación del POS-S, y por lo tanto la minuta debe entenderse referida a esa materia, incluidos los Acuerdos del CNSSS que fijan el contenido y alcance de ese Plan Obligatorio, no otros.

Pero además observa el Ministerio Público que la suscripción de los convenios para la prestación de servicios adicionales, no podría tampoco, por Resolución instituirse como "obligación" de las ARS, cuando está prevista como potestativa de las partes en el Acuerdo, lo que implica que debe ser el resultado del acuerdo de voluntades.

III.2.- El Ministerio Público en el proceso radicado bajo el núm. 2005-00194, siendo la accionante la Fundación de Usuarios del Sistema de Salud Colombiano FUSISCO y otro, considera que las disposiciones demandadas deben desaparecer del ordenamiento jurídico, fundamentado en las siguientes razones:

De acuerdo con el principio de reserva legal, las sanciones administrativas deben estar fundamentadas en la ley, por lo que, no es posible transferirse al Gobierno o a otra autoridad administrativa una facultad abierta en esta materia.

Las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social (de carácter legal en estricto sentido) no han establecido como conducta sancionable la no carnetización de los beneficiarios asegurados del Régimen Subsidiado, lo cual viola el principio de legalidad de las sanciones.

Ahora bien, el establecimiento ilegal de esta sanción, aparea evidentemente la violación del numeral 7° del artículo 212 de la Ley 100 de 1993, en tanto se restringe ilegalmente el derecho consignado en dicha norma, que al tenor expresa:

"(...) 7°. Las Entidades Promotoras de Salud que afilien beneficiarios del régimen subsidiado recibirán de los fondos seccionales, distritales y locales de salud, de la cuenta especial de que trata el parágrafo del artículo 214, por cada uno de los afiliados hasta el valor de la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la presente Ley. (...)".

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

IV.1.- En el proceso radicado con el núm. 2004-00059, la actora demanda la nulidad parcial del aparte subrayado de la cláusula tercera numeral 8°, incorporada al contrato para la administración de recursos del régimen subsidiado, de la Resolución núm. 838 de marzo 26 de 2004, cuyo texto es el siguiente:

"RESOLUCION NUMERO 838 DEL 2004

(Marzo 26)

Por la cual se adoptan las Minutas del Contrato de Aseguramiento del Régimen Subsidiado y se dictan otras disposiciones.

El Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de sus facultades legales, y en especial las conferidas por el parágrafo del artículo 28 del decreto 050 de 2003 y el artículo 7° del Decreto 163 de 2004,

RESUELVE:

(...)

TERCERA.- OBLIGACIONES DE LA ARS.- ...

8) Celebrar convenios con la entidad territorial competente, con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de salud en lo concerniente a lo no cubierto por el POS-S, y que procuren la eficiente y oportuna prestación de estos servicios, de conformidad con lo establecido por el artículo 42 del Acuerdo 244 del CNSSS. ..." (Subrayas fuera de texto)

El problema jurídico consiste en establecer si el Ministerio de la Protección Social, al proferir la Resolución núm. 838 de 26 de marzo de 2004, tenía facultades para obligar a las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) a celebrar convenios con los entes territoriales garantizando el acceso a los servicios de salud en lo concerniente a lo no cubierto por el POS-S. (Plan Obligatorio de Salud Subsidiado).

Se hace necesario indicar que el CNSSS, fue creado por el artículo 171 de la Ley 100 de 1993, y que a través del Acuerdo 31 de 1996, adoptó su reglamento, estableciéndose en los artículos 2° y 3° de dicho Acuerdo su naturaleza y funciones, así:

"Artículo 2o. OBJETO. El Consejo Nacional de Seguridad Social es un órgano permanente de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de concertación entre los diversos agentes del mismo. Tendrá como objeto la adopción de medidas que permitan dirigir y orientar el sistema, dentro de los límites que le impone el cabal ejercicio de sus funciones.

Artículo 3o. DE LAS FUNCIONES. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:

1. Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con la Ley 100 de 1993. (...)"

Estas disposiciones permiten concluir que además de ser el CNSSS un órgano de carácter consultivo para el sector salud se constituye en la dirección del Sistema de Salud con capacidad para adoptar decisiones vinculantes.

Es así como la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 1995, al decidir la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el literal m) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, el cual preveía que las decisiones del CNSSS se adoptarían mediante Decreto por el Gobierno Nacional, manifestó:

"... una lectura detallada permite sin dificultad entender que las normas de la Ley 100 de 1993 establecen, en primer lugar, que el Consejo tiene una serie de funciones que ejerce de manera autónoma (Ley 100 de 1993, art. 172); que las decisiones que el Consejo adopte en ejercicio de sus funciones son obligatorias (Ley 100 art. 176 literal m); que el Gobierno debe adoptarlas mediante decreto (ibídem). El carácter vinculante de los acuerdos que expide el Consejo en ejercicio de las funciones que la ley le adscribe y la obligación del Gobierno, - que surge, entre otros, del mandato imperativo de la norma parcialmente demandada -, permiten a la Corte concluir que, por lo que hace a las decisiones de que trata el artículo 172 de la Ley 100, se prevé la expedición de dos actos administrativos: el primero que corresponde al acuerdo expedido por el Consejo, y, el segundo, que es el decreto del Gobierno, que no hace otra cosa que reproducir el contenido del acuerdo.

En efecto, dado que es el Consejo y no el Gobierno quien tiene la facultad de definir los aspectos centrales del sistema de seguridad social en salud de que trata el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, la función que en cumplimiento de la norma parcialmente demandada cumple el Gobierno es exclusivamente la de plasmar en un Decreto el contenido del acuerdo que ha sido decidido por el primero. En este proceso el

Gobierno no puede modificar el contenido de las decisiones del Consejo puesto que equivaldría a usurpar funciones que la Ley le otorga directamente a dicho órgano. Puede afirmarse entonces que la Ley 100 de 1993 no le reconoce al Gobierno nuevos ámbitos de acción, dado que la atribución de funciones recae exclusivamente en el Consejo. La labor que la Ley asigna al Gobierno es meramente formal. Se limita la función de ejercer una potestad constitucional propia para reproducir el contenido de un acuerdo previamente adoptado por otra autoridad administrativa de creación legal.

Por las razones expuestas, comparte la Corte la interpretación de la demanda a cuyo tenor la disposición acusada, así como el párrafo 3° del artículo 172 de la Ley 100, y el artículo 204 de la misma norma, consagran, en cabeza del Gobierno Nacional, el deber legal de adoptar mediante decreto las decisiones aprobadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que, de conformidad con el literal m, del artículo 176 de la Ley, son actos administrativos obligatorios y no meras recomendaciones.

(...)

Es importante señalar que las disposiciones que se declaran inexequibles y que obligan al Gobierno a adoptar las decisiones del Consejo son innecesarias. La misma Ley establece que las decisiones del Consejo son obligatorias y, por lo tanto, el decreto del Gobierno no es condición de validez de aquéllos actos. Basta con que sean adoptados y promulgados conforme lo establece la Ley para que los acuerdos del Consejo resulten vinculantes”.

Ahora bien, como el tema objeto de controversia está relacionado con el Régimen Subsidiado de Salud, se tiene que los artículos 211 y 212 de la Ley 100 de 1993, lo definen y lo crean, señalando este último que la forma y las condiciones de operación del régimen subsidiado serán determinadas por el CNSSS.

Es así como el CNSSS a través de los Acuerdos 72, 74 y 77 de 1997, adiciona beneficios a los ya contenidos en el plan obligatorio de salud para el régimen subsidiado. Por ejemplo, el Acuerdo 74 en su artículo 1° dispuso:

“ARTÍCULO 1.- Adiciónanse a los contenidos del plan obligatorio de salud para el régimen subsidiado los siguientes beneficios: - Atención necesaria para la Rehabilitación funcional de las personas, en cualquier edad, con deficiencia, discapacidad y/o minusvalía, cualquiera que haya sido la patología causante, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, artículo 84. El suministro de Prótesis y Ortesis se hará en sujeción a lo dispuesto en el artículo 12 de la Resolución No. 5261 de 1994 y demás normas que la adicionen o modifiquen. - Atención ambulatoria y hospitalaria de las personas en los casos que requieran herniorrafia inguinal, herniorrafia crural y herniorrafia umbilical”.

De lo anterior, se concluye con toda claridad que las condiciones de operación del Régimen Subsidiado respecto a la prestación de los servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, deben estar plenamente determinados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS- en atención a los parámetros fijados por la ley. De igual manera, del texto de los Acuerdos a que se ha hecho referencia, se colige que el CNSSS en forma progresiva ha venido incluyendo servicios que no cubría el POS-S.

Ahora, ante el interés de poder garantizar servicios que aún no están en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, el CNSSS a través del Acuerdo 244 de 2003, dispuso en su artículo 42, lo siguiente:

“ARTÍCULO 42. MECANISMOS DE COORDINACIÓN PARA PRESTACIÓN DE SERVICIOS NO POSS. Con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de salud en lo concerniente a los servicios no cubiertos por el Régimen Subsidiado, las ARS en coordinación con las entidades territoriales, desarrollarán mecanismos que procuren la eficiente prestación de dichos servicios y para ello se podrán celebrar convenios. En todo caso la responsabilidad por la prestación de estos servicios de manera oportuna, estará a cargo de la entidad territorial respectiva, para lo cual contará con la información adecuada y oportuna que deberá suministrar la Administradora de Régimen Subsidiado, así como el correspondiente seguimiento de la atención del afiliado.”

Por su parte, del contenido del artículo 162, párrafo 1°, de la Ley 100 de 1993, se extrae que pueden existir servicios de salud por fuera del POSS, que son atendidos por hospitales públicos y privados con los cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios. De igual manera el artículo 7° del Decreto 163 de 2004, que reglamentó el artículo 216 de la Ley 100 de 1993, alude a la elaboración, por parte del Ministerio de la Protección Social, de la minuta del contrato de aseguramiento que facilite a las entidades territoriales, homologar las condiciones contractuales con las EARS.

En consecuencia, estima la Sala que el Ministerio de Protección Social, al adoptar las Minutas del Contrato de Aseguramiento del Régimen Subsidiado, no desbordó lo dispuesto por el Acuerdo núm. 244 de 2004, expedido por el CNSSS, órgano que, como ya se indicó, tiene la facultad y competencia para regular lo relativo a los servicios cubiertos o no por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, y que a través del Acuerdo acusado permitió que las ARS en coordinación con las entidades territoriales, desarrollarán mecanismos que procuren la eficiente prestación de dichos servicios pudiendo celebrar convenios, si así lo consideran.

Así las cosas, no hay lugar a acceder a las súplicas de la demanda.

IV.2- En el proceso radicado bajo el núm. 2005-00194, los accionantes demandan la nulidad parcial de la cláusula octava incorporada al contrato para la administración de recursos del régimen subsidiado, contenida en la Resolución núm. 838 de 2004, y el párrafo del artículo 18 del Acuerdo 244 de 2003, cuyos textos son los siguientes:

“OCTAVA.- FORMA DE PAGO:

(...)

En todo caso, los afiliados no carnetizados, serán descontados por EL CONTRATANTE desde el primer día de contratación. Los pagos posteriores se sujetarán, al informe de carnetización de los afiliados que vienen con carné con vigencia anual y de los nuevos afiliados, dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la iniciación del presente contrato de aseguramiento, y al reporte de Novedades mensuales entregadas por EL CONTRATISTA”.

“ARTÍCULO 18. CARNETIZACIÓN ...

PARÁGRAFO. Salvo en los casos dispuestos en los artículos 15 y 53 del presente acuerdo, para el reconocimiento de la UPC-S, será requisito indispensable la carnetización de los afiliados”.

El objeto de la presente controversia radica en establecer si las normas acusadas vulneran las disposiciones legales, al negar el valor de la unidad de pago por capitación a las Empresas Promotoras de Salud que presten el servicio a usuarios no carnetizados, condicionando los pagos de la UPC a las EPS a que éstas acrediten la carnetización de los afiliados.

Vale la pena señalar que la Ley diseñó la Unidad de Pago por Capitación UPC, como un valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud (Plan Obligatorio de Salud -POS para el Contributivo y POS-S para el subsidiado) que brinda el sistema, es decir, cubre los costos de los servicios que ofrece el sistema a sus usuarios, tanto para el régimen contributivo como para el subsidiado.

Los artículos 156 y 182 de la Ley 100 de 1993 disponen:

“ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

(...)

f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación - UPC - que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; (...)”

“ARTÍCULO 182. DE LOS INGRESOS DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá 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”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A su vez, el numeral 7° del artículo 216 del citado estatuto, hace referencia a las reglas básicas para la administración del régimen subsidiado en salud, el cual establece que por cada afiliado las administradoras del régimen subsidiado recibirán el pago de la unidad por capitación a cargo de los entes territoriales.

“7. Las Entidades Promotoras de Salud que afilien beneficiarios del régimen subsidiado recibirán de los fondos seccionales, distritales y locales de salud, de la cuenta especial de que trata el párrafo del artículo 214, por cada uno de los afiliados hasta el valor de la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la presente Ley. Durante el período de transición el valor de la Unidad de Pago por Capitación será aquel correspondiente al plan de salud obligatorio de que trata el párrafo 2 del artículo 162 de la presente Ley”.

En lo relacionado con las afiliaciones, fue el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, a través del Acuerdo 244 de 2003, quien en

uso de sus competencias definió la forma en que se afilia a la población del régimen subsidiado, señalando cómo se inicia la afiliación y el procedimiento a seguir:

"ARTÍCULO 12. INICIO DE LA AFILIACIÓN. El proceso se iniciará con la firma del Formulario Único Nacional de Afiliación y Traslado por parte del cabeza del núcleo familiar o el acudiente o responsable en el caso de los menores de edad e inimputables. Este proceso se perfeccionará con la radicación del formulario por parte del afiliado y la entrega del carné definitivo por la Administradora del Régimen Subsidiado, en los períodos establecidos en los numerales 4 y 5 del artículo anterior. Para todos los efectos legales dicha afiliación adquiere vigencia a partir del primer día del nuevo período de contratación o de la adición respectiva.

PARAGRAFO. El Formulario Único Nacional de Afiliación y Traslado será definido por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud y es de obligatoria aplicación para el proceso de afiliación. Cuando se utilice Tarjetón, este deberá ser autorizado por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, siempre y cuando cumpla con las especificaciones establecidas".

Entonces, la afiliación se perfecciona con la radicación del formulario y con la entrega del carné definitivo por parte de la Administradora del Régimen Subsidiado. De tal manera que el pago depende del cumplimiento de las dos condiciones, pues ambas son requisito sine qua non, para que se perfeccione la afiliación.

Así las cosas, la disposición acusada sí puede ordenar descuentos en la afectación de recursos, cuando los afiliados no están carnetizados, pues, como ya se dijo, la entrega del carné perfecciona la afiliación junto con la radicación del formulario.

De otra parte, la Sala reitera lo expresado por esta Sección en sentencia de 6 de abril de 2000 (Expediente núm. 5520, Actora: Adelaida Ángel Zea, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la cual señaló:

"... Adicionalmente, esta Corporación reitera que es precisamente la Ley la que le está otorgando al CNSS la facultad de fijar la forma y condiciones del régimen subsidiado, dentro de las cuales bien puede entenderse comprendida la relativa a los efectos de la no carnetización..." (Subraya la Sala fuera de texto).

En este orden de ideas, se denegarán las pretensiones de la demanda radicada bajo el núm. 2005-00194.

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,

FALLA:

DENÍEGANSE las súplicas de las demandas en los procesos acumulados.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 18 de julio de 2012.

MARIA ELIZABETH GARCIA

GONZALEZ MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:05:10