



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veinte (2020)

Radicación interna: 2446

Número Único: 11001-03-06-000-2020-00127-00

Referencia: Fondo de pasivo social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Régimen de contratación aplicable para la prestación de los servicios de salud a sus usuarios y beneficiarios.

El señor Ministro de Salud y Protección Social formula a la Sala una consulta relacionada con la contratación de los servicios de salud a cargo del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

I. ANTECEDENTES

Manifiesta el ministro que el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (en adelante, el Fondo) fue creado por el artículo 1 del Decreto Ley 1591 de 1989, bajo la naturaleza de un establecimiento público, y que se encuentra actualmente adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social.

El objeto asignado a dicho Fondo es el de organizar y administrar las prestaciones asistenciales a las que tengan derecho los empleados y pensionados de la Empresa Ferrocarriles Nacionales, en liquidación.

Sostiene que bajo el sistema general de seguridad social en salud creado por la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) son las responsables de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Beneficio de Salud (antes, Plan Obligatorio de Salud), según lo dispone el artículo 177 de esa ley.

Asimismo, cita el artículo 236 de la Ley 100 sobre las cajas, fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades públicas, y realiza particular énfasis en las denominadas entidades adaptadas, previstas en esa norma.

Afirma que como antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el Fondo tenía a su cargo garantizar los servicios de salud a sus empleados y pensionados, tuvo que adaptarse al sistema de salud creado por esa ley; de ahí que actualmente opere como una entidad adaptada dentro de ese sistema. A diferencia de las EPS, la entidad adaptada no puede recibir nuevos afiliados, por lo que su actividad se desarrolla en forma transitoria, hasta tanto culmine la relación laboral de sus afiliados o el periodo de jubilación de los pensionados que tuviera al entrar a regir el sistema creado por la Ley 100.

Respecto de las condiciones de autorización, habilitación y permanencia se sostiene que a las entidades adaptadas se les aplica el artículo 2.5.2.3.1.2 del Decreto 780 de 2016. En este sentido, también deben observar las «14 condiciones de habilitación determinadas en la Resolución 2515 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, para demostrar su capacidad técnico -administrativa, tecnológica y científica, así como lo previsto en la Circular 008 de 2018 de la Superintendencia Nacional de Salud».

En cuanto al cubrimiento que le corresponde al Fondo, se pone de presente que además de los pensionados de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, también se le asignó el de los pensionados de la liquidada Puertos de Colombia, según lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 1689 de 1997. En consecuencia, el Fondo debe garantizar a sus afiliados y beneficiarios los servicios integrales de salud con sujeción a las regulaciones vigentes, y a lo contemplado en las convenciones colectivas de las extintas empresas Ferrocarriles Nacionales y Puertos de Colombia.

Para el cumplimiento de las mencionadas obligaciones el Fondo debe conformar y gestionar redes integradas de prestación de servicios de salud, por lo que debe contratar con terceros la operación de los servicios que le corresponden, tal como lo dispone el artículo 4 del Decreto Ley 1591 de 1989.

Ahora, al no prestar directamente los servicios de salud, el Fondo «utiliza» los procesos administrativos de los prestadores que conforman la red integral, para así garantizar el «estándar» relacionado con la capacidad técnico – administrativa que exigen las regulaciones en la materia. Igual sucede con la capacidad técnico – científica, la cual es «delegada» en su integridad en el prestador contratado.

Frente al régimen de contratación del Fondo alude a que, en su calidad de establecimiento público, se rige por la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública). De otro lado refiere que varios procesos de selección adelantados por el Fondo desde 2014 -en particular de selección abreviada- han sufrido vicisitudes por diferentes motivos, llegando incluso a tener que ser declarados desiertos.

Ante tales acaecimientos, el director del Fondo ha tenido que acudir a la declaratoria de urgencia manifiesta, lo que dio lugar a la suscripción de cuatro contratos con los

prestadores actuales («que cubren cada una de las regionales geográficas del país»), que se encuentran en ejecución hasta el 31 de mayo de 2020, fecha en la que vence el plazo pactado.

Conforme a los antecedentes descritos, se afirma que el Fondo, como establecimiento público, rige su contratación por la Ley 80 de 1993, pero como entidad adaptada del sector salud opera bajo los requisitos de habilitación de las EPS de conformidad con las regulaciones vigentes en la materia.

En este sentido, cita el artículo 45 de la Ley 1122 de 2007 que establece el régimen de contratación de las EPS públicas y lo asimila al de las empresas sociales del Estado, en los términos del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

Por tanto, afirma que para el caso de las EPS de naturaleza pública -régimen contributivo o subsidiado- su régimen de contratación es el mismo que el de las empresas sociales del Estado, esto es, el derecho privado; de allí se tiene que en la contratación de tales EPS «no es aplicable la Ley 80 de 1993, salvo la observancia de los principios de la función administrativa, como lo establece el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 que modificó el inciso 2 del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y de conformidad al artículo 13 de la precitada ley».

Teniendo en cuenta que el Fondo debe garantizar el aseguramiento en salud de sus afiliados, para lo cual debe acreditar los requisitos normativos de habilitación en igualdad de condiciones que una EPS, y que el someter la contratación de los servicios de salud a la Ley 80 de 1993 «le ha traído serios inconvenientes que han impedido culminar con éxito el proceso contractual, poniéndose en riesgo la urgencia, inmediatez y continuidad con la cual se debe garantizar el servicio de salud», surge la necesidad de determinar si el Fondo puede contratar la prestación de los servicios de salud a su cargo bajo el mismo régimen previsto para las EPS públicas, esto es, el que rige la contratación de las Empresas Sociales del Estado, en aplicación de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1122 de 2007.

Con base en lo anterior, formula la siguiente

PREGUNTA:

«¿Es procedente que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad que garantiza la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, bajo exigencias y requisitos similares a los establecidos para las EPS, puedan contratar dichos servicios conforme el régimen de contratación establecido en el artículo 45 de la Ley 1122 de 2007 para las EPS públicas, esto es, el derecho privado, o para el efecto debe dar aplicación a las reglas contractuales establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta que su naturaleza jurídica corresponde a la de Establecimiento Público?»

II. CONSIDERACIONES

A. Problema jurídico

Del contexto fáctico de la consulta y de la pregunta formulada, la Sala entiende que deberá resolver el siguiente problema jurídico: *¿cuál es el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia (el Fondo) para cumplir la función de atender las prestaciones asistenciales en materia de salud de sus afiliados?*

Para resolver el problema jurídico será necesario analizar en el ámbito del derecho administrativo y de la contratación estatal: *i)* la naturaleza jurídica y funciones previstas para el Fondo en la ley de su creación; *ii)* el régimen contractual aplicable al Fondo; *iii)* las entidades adaptadas en la Ley 100 de 1993, y *iv)* las modificaciones al régimen contractual para las EPS públicas previstas en la Ley 1122 de 2007.

B. Naturaleza jurídica y funciones previstas para el Fondo en la ley de su creación

1. Creación del Fondo y funciones

La Ley 21 de 1988 «Por la cual se adopta el programa de recuperación del servicio público de transporte ferroviario nacional, se provee a su financiación y se dictan otras disposiciones», concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, así:

Artículo 8. Concédense facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de dieciocho (18) meses, contados a partir de la publicación de esta Ley, para que expida las normas conducentes a la organización y recuperación del sistema de transporte ferroviario nacional, dentro del siguiente marco general: Organizar y estructurar el sistema de transporte ferroviario nacional, definir los recursos necesarios para el logro de ese propósito, reasignar o modificar las participaciones de los que actualmente existan, señalar las entidades que deban recaudarlos e invertirlos y reformar la Ley 30 de 1982. Las facultades de que trata este artículo comprenden la creación, transformación o fusión de personas jurídicas o la adscripción o liquidación de entidades descentralizadas y servicios, de tal manera que se logre una simplificación operativa, mayor eficiencia y el establecimiento de organismos para la gestión de áreas especializadas autónomas e independientes, para lo cual podrán prescribir las condiciones de concurrencia de otras entidades públicas y de los particulares. Igualmente, el Presidente queda facultado para dictar normas especiales sobre contratación, régimen laboral y presupuesto de las entidades a que alude la presente Ley. (Subraya la Sala).

En ejercicio de las citadas facultades se expidió el Decreto Ley (D.L.) 1591 de 1989 «Por el cual se crea el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y se dictan normas para su organización y funcionamiento», tal como se dispuso en el artículo 1:

Artículo 1. Créase el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, como establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

En cuanto al objeto del establecimiento público creado, el artículo 2 del D.L. 1591 señaló que debía: *i)* Manejar las cuentas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones señaladas en el inciso 1º del artículo 7º de la Ley 21 de 1988¹, y *ii)* Organizar y administrar las prestaciones asistenciales a que tengan derecho los empleados y los pensionados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación.

Por su parte el artículo 3 del D.L. 1591 estableció que en desarrollo de su objeto el Fondo cumpliría -en lo pertinente para este concepto- las siguientes funciones²:

¹ «Artículo 7º. La Nación, dentro del proceso de estructuración o reorganización, de acuerdo con las normas que adopten, asumirá el pago de las pensiones de jubilación de cualquier naturaleza, de las demás prestaciones sociales y de las indemnizaciones y sentencias condenatorias laborales, ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Para tal efecto el Gobierno creará un fondo para el manejo de las cuentas respectivas y definirá la naturaleza jurídica, la organización y el funcionamiento del mismo

Así mismo, dentro del mencionado proceso, la Nación asumirá el pago de la deuda con la Caja de Compensación Familiar, Contraferros, con el Fondo Social Ferroviario y con el Fondo de Previsión Social del Ferrocarril de Antioquia». (Subraya la Sala). La parte que se subraya fue declarada, en su momento, exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 8 de junio de 1990. Exp. 1890

²Artículo 3 En desarrollo de su objeto el Fondo cumplirá las siguientes funciones // a) Pagar las pensiones legales y convencionales de los ex empleados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia; b) Atender las demás prestaciones económicas y asistenciales de las personas a que se refiere el literal anterior; c) Efectuar el reconocimiento y pago de las pensiones de cualquier naturaleza de los empleados que adquieran ese derecho en la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación; d) Efectuar el reconocimiento y pago de las demás prestaciones sociales de los empleados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación; e) Cancelar al organismo de previsión social o a la entidad o empresa empleadora que haya hecho el pago de pensiones a empleados que hayan laborado en la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la cuota parte que le corresponda por el tiempo servido en esta entidad y, repetir contra terceros las cuotas partes pensionales a favor de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia o del Fondo mismo; f) Efectuar el pago de las indemnizaciones que se establezcan en ejercicio de las facultades a que se refiere la Ley 21 de 1988; g) Efectuar el pago de las sumas reconocidas por sentencias condenatorias laborales ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia; h) Reconocer y pagar las demás prestaciones y beneficios que le correspondan o se establezcan en ejercicio de las facultades a que se refiere la Ley 21 de 1988; i) Expedir con la aprobación del Gobierno Nacional, reglamentos generales para la atención de las prestaciones y demás obligaciones a su cargo; j) Realizar inversiones que garanticen seguridad, rentabilidad y liquidez a su patrimonio, con el fin de que pueda cumplir oportunamente sus obligaciones; k) Ejercitar o impugnar las acciones judiciales y

- a) Pagar las pensiones legales y convencionales de los ex empleados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia;
- b) Atender las demás prestaciones económicas y asistenciales de las personas a que se refiere el literal anterior; (...)
- m) Las demás que se deriven de la ley o de sus estatutos.

El artículo 4 del D.L. 1591 dispone que «Los servicios que le correspondan atender al Fondo deberán prestarse a través de contratos celebrados con terceros. En consecuencia, la planta de personal que adopte será la estrictamente necesaria para el cumplimiento de sus funciones administrativas y las derivadas del proceso de contratación».

De lo expuesto se tiene que el Fondo fue creado como un establecimiento público para cumplir las funciones previstas en la ley, entre las que se destaca la de organizar y administrar las prestaciones económicas y asistenciales a que tengan derecho los empleados y los pensionados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación. No obstante, nótese que los servicios que le corresponde atender deberán ser contratados con terceros, de lo cual se sigue que el Fondo no es el prestador de tales servicios, sino simplemente el contratante de estos.

La Sala analizará a continuación la naturaleza del Fondo y el régimen jurídico que le es aplicable, para aludir luego a los contratos que celebra.

2. Naturaleza y régimen jurídico del Fondo

Como se recordará para la fecha de expedición del D.L. 1591 de 1989 se encontraban vigentes los Decretos Leyes 1050³ y 3130 de 1968⁴, que se ocupaban de la organización de la administración pública nacional, y categorizaban tres tipos de entidades descentralizadas: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

El artículo 5 del D.L. 1050 fijaba la definición, régimen jurídico y características de los establecimientos públicos, así:

administrativas necesarias para la defensa y protección de los intereses de la Nación, de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia y del Fondo mismo, derivadas del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 21 de 1988 o de las que se generen como consecuencia del desarrollo de las facultades de que trata la citada ley; l) Administrar los bienes del Fondo. Para dicho efecto podrá entre otras funciones, adquirir, enajenar, arrendar y gravar tanto los muebles como los inmuebles; m) Las demás que se deriven de la ley o de sus estatutos.

³ «Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional».

⁴ «Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional».

Artículo 5. De los establecimientos públicos. Son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa, y
- c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Frente a su actividad, el artículo 30 *ibidem*, disponía:

Artículo 30. De la actividad de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Los Establecimientos Públicos (...) se ceñirán, en el cumplimiento de sus funciones, a la ley o norma que los creó y a sus estatutos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos.

Como puede apreciarse, el régimen jurídico aplicable a los establecimientos públicos es el de derecho público, fijado en la ley de su creación y en sus estatutos, que rigen sus actividades y funciones administrativas específicamente autorizadas.

Desde aquella época la función administrativa fijada para los establecimientos públicos -carente por esencia de un fin lucrativo por ser una actividad o servicio propio del Estado-, contrastaba con las actividades de naturaleza industrial o comercial asignadas a las empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, que sí tenían un fin lucrativo y desarrollaban su actividad u objeto conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que estableciera la ley (artículos 6 y 8 del D.L. 1050 de 1968).

Así las cosas, no cabe duda de que el acto de creación de una entidad determina su naturaleza y régimen jurídico y estos se mantienen mientras no se modifique ese acto, y no entre en contradicción con normas jurídicas de jerarquía superior.

Se precisa lo anterior puesto que, como se sabe, los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968 fueron derogados por el artículo 121 de la Ley 489 de 1998⁵. No obstante, en nada se altera el criterio sostenido por la Sala, dado que el contenido material de los artículos 5 y 30 citados coinciden, en lo esencial, con los artículos 70 y 71 de la Ley 489⁶.

⁵ «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».

⁶ «**Artículo 70. Establecimientos públicos.** Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:

También se sigue de lo expuesto que todavía el objeto de los establecimientos públicos consiste en atender funciones administrativas y prestar servicios públicos, mientras que el de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta es desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica; los primeros, bajo las reglas del derecho público, y las segundas bajo las del derecho privado, salvo las excepciones que contempla la ley⁷.

Como puede verse, las funciones que se atribuyen al Fondo corresponden al cumplimiento de obligaciones que la misma ley le asigna, las cuales se encuentran directamente relacionadas con administrar los recursos públicos para cumplir funciones que son típicamente administrativas⁸ (atender las prestaciones económicas a los afiliados o la efectividad de un derecho fundamental -garantizar la prestación del servicio médico asistencial a los afiliados-, entre otras). Para cumplir con las aludidas funciones, los recursos asignados al fondo se ejecutan a través de la contratación estatal, para que sean terceros los encargados de la atención correspondiente (artículo 4 del D.1591 de 1989), lo que significa que en manera alguna el fondo está encargado de la prestación de tales servicios.

En consecuencia, se concluye que la naturaleza y régimen jurídico de establecimiento público del Fondo fijada en el D.L. 1591 de 1989, no se encuentra modificada, alterada o derogada por las disposiciones de la Ley 489 de 1998: en el momento actual, el Fondo sigue encajando en la categoría de establecimiento público, bajo los términos indicados en los artículos 70 y 71 de esa ley.

El régimen previsto para el Fondo, así como la forma en que cumple sus funciones, se encuentran desarrollados en sus estatutos, los cuales la Sala pasa a analizar.

a. Personería jurídica;

b. Autonomía administrativa y financiera;

c. Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes

Artículo 71. Autonomía administrativa y financiera. La autonomía administrativa y financiera de los establecimientos públicos se ejercerá conforme a los actos que los rigen y en el cumplimiento de sus funciones, se ceñirán a la ley o norma que los creó o autorizó y a sus estatutos internos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en ellos».

⁷ Artículos 85 y 97 de la Ley 489 de 1998.

⁸ La Corte Constitucional en sentencia C – 783 de 1999 al abordar la naturaleza del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales creado por la Ley 448 de 1998, afirmó: «El manejo administrativo de los recursos públicos de propiedad de las entidades estatales para garantizar una estabilidad presupuestal, liquidez y capacidad de pago en lo que a sus compromisos financieros se refiere, cumple con un cometido estatal que satisface un interés general y cuenta con los medios jurídicos propios para su desarrollo, por lo que claramente constituye una función estatal de orden administrativo». (Subraya la Sala).

3. Estatutos del Fondo

Los estatutos del Fondo fueron adoptados mediante acuerdo 001 de 1990 de su Junta Directiva y aprobados mediante Decreto 1435 de 1990. Tales estatutos reiteran los aspectos relacionados con la creación, naturaleza y régimen jurídico previsto para el Fondo por el D.L. 1591 de 1989, que ya fueron analizados por la Sala en acápites anteriores.

De esta manera y conforme al problema jurídico que se debe resolver, la Sala sólo mencionará las reglas que rigen el funcionamiento del Fondo relacionadas con los contratos que celebra.

El artículo 15 dispone que es función del director general del Fondo suscribir los contratos que deban celebrarse a nombre del Fondo, con arreglo a las normas sobre la materia; «Cuando la cuantía de éstos sea superior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se requerirá para su adjudicación, autorización previa de la Junta Directiva; los contratos de empréstito internos y externos requieren dicho concepto, cualquiera sea su cuantía».

Por su parte, el artículo 24 establece:

Artículo 24. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de sus funciones se someterán al régimen previsto en el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.

En concordancia con lo anterior, el artículo 33 prevé:

Artículo 33. Los servicios médico-asistenciales y el pago a los beneficiarios de las prestaciones económicas que correspondan al Fondo, deberán atenderse a través de contratos celebrados con terceros, de conformidad con lo señalado en el artículo 4° del Decreto-ley 1591 de 1989.

De esta manera es claro que los estatutos del Fondo, en concordancia, con el D.L. 1591, no le dan el carácter de prestador del servicio médico – asistencial. Su función se limita exclusivamente a administrar y atender tales prestaciones mediante contratos celebrados con terceros, en los cuales actuará como entidad contratante sujeto a las normas de la contratación estatal (en su momento, el D.L. 222 de 1983).

En consecuencia, al Fondo como entidad contratante le corresponderá adelantar la actividad contractual desde los estudios previos y la estructuración del proceso de selección correspondiente, hasta la liquidación, si es el caso, bajo las normas de la contratación pública, y por supuesto cumplir con las obligaciones que como contratante se hayan estipulado en el contrato, sin que en momento alguno este proceso le lleve a asumir la prestación de los servicios médico asistenciales de sus afiliados o beneficiarios, los cuales estarán a cargo del contratista.

La limitación expuesta se ratifica con lo dispuesto en el artículo 32 de los Estatutos que es del siguiente tenor:

Artículo 32. El Fondo se ceñirá en el cumplimiento de sus funciones tanto a sus estatutos básicos como internos y no podrá desarrollar funciones distintas de las de allí previstas, ni destinar sus bienes o recursos para fines diferentes de los contenidos en las respectivas disposiciones.

En consecuencia, la función asignada al Fondo se previó mediante contratos celebrados con terceros, que en su momento se regían por el D.L. 222 de 1983; corresponde a la Sala examinar el régimen contractual que actualmente se aplica al Fondo.

C. El régimen contractual aplicable al Fondo

De conformidad con la ley de su creación, D.L. 1591 de 1989, los contratos que celebra el Fondo se regulan por lo dispuesto en el artículo 14, así:

Artículo 14. La celebración de los contratos para asegurar la realización de las funciones de que trata el presente Decreto, se regirá por las normas aplicables a los establecimientos públicos del orden nacional.

La disposición transcrita reproducía lo dispuesto en el D.L. 222 de 1983, norma que se encontraba vigente para la fecha en que se creó el Fondo, y resulta concordante con el artículo 24 de sus estatutos transcritos en el acápite anterior. Para el efecto, baste recordar que en el artículo 1º del D.L. 222 se disponía que el régimen de contratación para los establecimientos públicos era el de derecho público previsto en esa norma⁹.

Lo expuesto era plenamente concordante con el artículo 32 del D.L. 3130 de 1968:

ARTÍCULO 32. - De los contratos de los establecimientos públicos. Los contratos de los establecimientos públicos deben contener las cláusulas que sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas la ley exige para los del gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará por el propio establecimiento.

Como se sabe el D.L. 222 fue derogado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (el Estatuto) contenido en la Ley 80 de 1993¹⁰ (en adelante,

⁹ «Artículo 1o. De las entidades a las cuales se aplica este estatuto. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto (...)» (Paréntesis textual).

¹⁰ Publicada en el Diario Oficial 41.094 del 28 de octubre de 1993. La mayoría de sus disposiciones comenzaron a regir el 1 de enero de 1994, por expreso mandato del artículo 81 *ibidem*.

ante la mención de el Estatuto -o de la ley 80-, se entenderá que incorporan las modificaciones de que han sido objeto).

De esta manera, el estatuto tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (art. 1) y en la definición de lo que para efectos de esa ley se entiende como entidad estatal aparecen los establecimientos públicos (art. 2)¹¹, por lo que a los contratos celebrados por estos se aplicarán las disposiciones de la Ley 80.

La Sala, en el Concepto 2312 del 3 de octubre de 2017, sostuvo que como el contrato estatal se equipara al acuerdo de voluntades en que uno de los extremos es una entidad pública, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, no solo pertenecen a esta categoría los celebrados por las entidades reguladas por el Estatuto, sino también aquellos en los que interviene como parte cualquier entidad pública que tenga un régimen especial.

Es decir, el adoptar un criterio orgánico o subjetivo, en el que la sola presencia de una entidad estatal como parte de este le imprime al negocio jurídico la naturaleza o categoría jurídica de contrato estatal¹², «*tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contratos estatales especiales...*»¹³.

En consecuencia, por regla general los establecimientos públicos son de aquellas entidades estatales que se encuentran sometidas en su integridad al Estatuto (Ley 80 de 1993 y sus modificaciones), salvo que una ley de manera expresa *i)* le otorgue un régimen excepcional al del citado Estatuto a determinado establecimiento público y lo someta a un régimen especial, o *ii)* excluya su contratación al Estatuto.

El sometimiento del Fondo -establecimiento público que cumple funciones administrativas- al Estatuto, es concordante con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 489 de 1998 para tales entidades descentralizadas, a saber:

¹¹ «**Artículo 2.-** De la Definición de Entidades. Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

- a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos (...)

¹² Con las precisiones anotadas, puede sostenerse que la noción contrato estatal que trae la Ley 80 de 1993, significó igualmente la eliminación de la distinción entre contratos administrativos y de derecho privado de la administración que en su momento impuso el Decreto Ley 222 de 1983.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 8 de febrero de 2001, Exp. n.º 16661.

Artículo 81. Régimen de los actos y contratos. Los actos unilaterales que expidan los establecimientos públicos en ejercicio de funciones administrativas son actos administrativos y se sujetan a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

Los contratos que celebren los establecimientos públicos se rigen por las normas del Estatuto Contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales.

Asimismo, el artículo 24 de los estatutos del Fondo dispuso que los contratos que celebre para el cumplimiento de sus funciones se someterían a las normas que sustituyeran al Decreto 222 de 1983, esto es la Ley 80 de 1993, por lo que debe concluirse que los contratos del Fondo estarán sujetos al Estatuto, salvo que una norma legal especial disponga lo contrario.

D. Las «entidades adaptadas» al sistema de la Ley 100 de 1993

Si bien el problema jurídico delimitado por la Sala se centra en fijar el régimen aplicable a los contratos que celebra el Fondo para cumplir la función de atender las prestaciones asistenciales en materia de salud de sus afiliados, cuestión que, en principio, ha sido resuelta en los acápites anteriores, también se tiene que la consulta plantea que el Fondo es una de las «entidades adaptadas» a las que la Ley 100 de 1993¹⁴ autoriza para prestar tales servicios.

En tal sentido, deberá constatarse si la conclusión preliminar a la que ha llegado la Sala presenta alguna variación por el régimen al que la Ley 100 somete a las «entidades adaptadas».

Del contexto de la consulta surge que la locución «entidades adaptadas»¹⁵ involucra un concepto relacional que alude a una organización que se ajusta al sistema de salud creado por la Ley 100. En consecuencia, si esta función en el sistema creado por la Ley 100 de 1993 es asignada, por regla general, a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la lógica indica que la Sala debe: *i)* partir de la noción y características básicas de las EPS, y luego, *ii)* aludir a la denominación «adaptadas» -al sistema-, bajo las reglas dispuestas para el efecto en la Ley 100.

Ahora, dado que esa ley desarrolla el artículo 48 de la Constitución Política (CP), y organiza el Sistema de Seguridad Social Integral cuya dirección, coordinación y control estarán a cargo del Estado (art. 5 *ibidem*), considera la Sala que debe aludirse

¹⁴ «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones».

¹⁵ Adaptar: «4. Acomodar, ajustar algo a otra cosa». Diccionario de la lengua española. Disponible: <http://dle.rae.es/?id=VkMYOa2|VkJm9cm>. Consultado: 21 de abril de 2020

previa y brevemente a la noción de «Estado regulador», en la que se encuentra inmerso dicho sistema.

1. El «Estado regulador»

El cambio de paradigma de un Estado de Derecho a un Estado social de Derecho consagrado en la Constitución de 1991, vino acompañado¹⁶ de un nuevo enfoque respecto de lo que tradicionalmente se ha conocido como «*intervención del Estado en la economía*».

Doctrinalmente¹⁷, se ha sostenido que este cambio en materia de intervención llevó a que el Estado ya no fuera el prestador directo de los servicios públicos, sino su regulador (art. 365, CP), lo que implicó que la Administración, en principio, dejara de asumir actividades que podían ser desarrolladas de manera eficiente y ventajosa por el sector privado. Al instaurarse el monopolio estatal como excepcional (art. 336 CP) y permitirse a los particulares colaborar con el cumplimiento de funciones que antes eran privativas del Estado -desde los conceptos de economía de mercado y competencia-, se acogió en Colombia el modelo de «Estado regulador»¹⁸.

1.1. La seguridad social y el «Estado regulador»

El marco constitucional de la seguridad social, y en particular de la salud, está previsto en lo pertinente para este concepto en los artículos 48 y 49 CP, normas que son clara expresión del modelo «Estado regulador»:

Artículo 48. *Adicionado por el A.L. 01 de 2005.* La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

¹⁶ Este cambio es evidente aun cuando la presencia de normas de contenido social en la Constitución anterior ha sido utilizada para sostener lo contrario: que el Estado social de Derecho no es una novedad aparejada a la Constitución de 1991. De otro lado debe reconocerse que los desarrollos de la nueva Constitución han configurado un giro de señalada importancia: del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho. Todo lo anterior es dicho sin perjuicio del generalizado reconocimiento del carácter transaccional del articulado constitucional, que puede ser observado como ecléctico y explicar en consecuencia la coexistencia de los mencionados paradigmas con el del Estado regulador.

¹⁷ Bula Escobar, Germán, *La Creación de las Agencias en la Estructura de la Administración Pública Colombiana y su relación con las Autoridades de Regulación en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*, en *El Ecosistema Digital y las Autoridades de Regulación en los Sectores Audiovisual y TIC*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

¹⁸ Jordana, Jacint y Levi-Faur, David, *¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericano? La difusión de Agencias Reguladoras Autónomas por países y sectores*, en documentos SIDOB, serie América Latina, núm. 7, Barcelona, SIDOB, 2005.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante (...).

Por su parte, en materia de salud, el artículo 49 CP, dispone:

Artículo 49. *Modificado por el artículo 1 del A.L. 02 de 2009.* La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad (...).

De las normas constitucionales transcritas se deduce que: i) la seguridad social y la salud son servicios públicos inherentes a la finalidad social del Estado y este debe asegurar su prestación a todos los habitantes del territorio nacional, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, de conformidad con el régimen legal correspondiente; ii) tales servicios públicos podrán prestarse por el Estado, de manera directa o indirecta, o por particulares; iii) los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación

de la comunidad y iv) en cualquier caso *la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios* se adelantará por parte del Estado¹⁹.

Asimismo, el manejo adecuado y específico en la administración de los recursos de la seguridad social tuvo especial consideración en el artículo 48 CP, conforme al cual no se podrán destinar ni utilizar para fines diferentes a ella. Dichos parámetros constitucionales sirvieron de base para la construcción del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que se instituyó en la Ley 100 de 1993, en el que confluyen elementos públicos y privados, y de mercado-regulación, cuya principal fuente de financiamiento son las cotizaciones, que financian el régimen contributivo, y los recursos fiscales que se obtienen por medio de impuestos que financian el régimen subsidiado.

1.2. Noción de regulación

Las acepciones del término «*regular*» que trae el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española –RAE– se refieren a sus formas adverbiales o de adjetivo y desarrollan los verbos rectores (salvo la que alude a un desempeño mediocre). Lo propio ocurre con el nombre regulación: «Acción y efecto de regular». Así, bastará con observar la primera acepción, referida al verbo *regular*, para poner de presente que solo una de sus acepciones verbales remite a la producción de normas. En efecto:

Regular

Del lat. tardío *regulāre* 'determinar las reglas o normas'.

1. tr. Medir, ajustar o computar algo por comparación o deducción.
2. tr. Ajustar, reglar o poner en orden algo. Regular el tráfico.
3. tr. Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines.
4. tr. Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo.
5. tr. Econ. reajustar (ll aumentar o disminuir coyunturalmente). Regular las tarifas, los gastos, la plantilla de empleados²⁰.

Puede notarse con facilidad que la tercera acepción –«*Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines*»– opera sobre las demás, en el sentido de que *regular* es una acción esencialmente teleológica y que suele abordarse como hetero control. Así, si un sistema es auto regulado se dirá que «*no necesita*» regulación, cuando es lo cierto que la posee intrínsecamente. Es harto conocido que el mercado –su «mano invisible»– no alcanza a arrojar el resultado deseado en una democracia mínimamente «social». De ahí la necesidad de hetero regulación.

¹⁹ La Sala en los conceptos 2235 y 2235 AD de 2015 y 2236 de 2016, realizó un análisis similar para el servicio público de seguridad social y la generalidad de los servicios públicos, respetivamente.

²⁰ Real Academia Española. Disponible: <http://dle.rae.es/?id=VkmYOa2|VkmMn9cm>. Consultado: 14 de abril de 2020.

La cibernética se ocupa de la regulación en un sentido amplio. Normalmente se supone que el sistema por regular debe -en principio- ser intrínsecamente más complejo que el regulador, ya que en caso contrario no se necesitaría la hetero regulación, o esta sería irrita.

La llamada «ley de Ashby» o «Ley de variedad requerida» plantea la necesidad de que el regulador de un sistema sea capaz de absorber toda la complejidad que el sistema puede generar. Suele expresarse como «solo variedad absorbe variedad», vale decir que el regulador debe alcanzar o igualar al menos la variedad del sistema por regular. Así, se impone el uso de amplificadores y atenuadores de variedad en procura de la igualdad mencionada. Entre estos mecanismos de regulación se encuentran las normas de regulación, que juegan el rol de atenuadores de variedad en la medida en que acotan las posibilidades de variación del sistema (i.e. su complejidad)²¹.

Bajo el anterior contexto, la regulación²² desborda la simple acepción de «producción» de normas jurídicas, por lo que, en un plano específico, debe estudiarse como forma de intervención del Estado en los sectores económicos²³. En este último ámbito, como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 2291 de 2016, con la regulación se busca corregir las fallas del mercado, alcanzar los fines del Estado, materializar los principios sociales, garantizar la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos y maximizar el bienestar de los usuarios. También incluye la potestad de imponer sanciones administrativas a

²¹ Bula Escobar, Germán, *El principio de imparcialidad administrativa en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: déficit en su aplicación en materia sancionatoria*.

²² Sobre la noción de regulación y las competencias administrativas en la materia puede consultarse: González López, Edgar. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes*. Tesis Doctoral. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

²³ «En un sentido mucho más estricto, la regulación socioeconómica dice relación con aquella intervención que realiza el Estado a través de autoridades específicamente concebidas para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los actores que intervienen en una actividad socioeconómica determinada, tal como acontece por ejemplo con la intervención que realiza el Estado en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la cual responde a ciertos criterios técnicos y a las especificidades inherentes a su prestación y a su propia dinámica. En ese orden de ideas, la actividad sujeta a regulación reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado mismo en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está involucrado el disfrute efectivo de los derechos fundamentales e individuales y donde se impone la adopción de medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado [...]. Como bien se puede apreciar, bajo esta perspectiva el vocablo 'regulación' adquiere entonces una connotación mucho más dilatada y omnicompreensiva que desborda el mero concepto de 'producción normativa', para abarcar o comprender también, con mayor amplitud, la intervención orientada a corregir las 'fallas del mercado', categoría de la cual forman parte los actos de competencia desleal, las prácticas restrictivas de la libre competencia, los abusos de la posición dominante y el establecimiento de monopolios». Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 11001-03-24-000- 2004-00123-01 de 30 de abril de 2009.

quienes infrinjan la regulación²⁴. Sobre este último aspecto, la Corte Constitucional en sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003, sostuvo:

Por eso, se ha dicho que: [I]a noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, incluye necesariamente varios elementos: La regulación supone la **imposición de un marco normativo** a ciertas actividades, con el fin de que estas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general. Este marco normativo está compuesto de decisiones con **efectos generales**, las cuales constituyen las reglas de juego, cuya **aplicación** puede ser objeto de controles y controversias que den lugar a decisiones con efectos individuales, por ejemplo, a **sanciones**. Así mismo, **diferentes autoridades administrativas** independientes pueden detentar las **funciones** descritas anteriormente, es decir, la creación de la norma, su aplicación y la eventual represión de las infracciones. (Se resalta).

Como se aprecia, es nota distintiva del modelo «Estado Regulador» la noción de regulación económica, actividad que está sujeta al marco jurídico especial fijado por la ley que comprende, al menos, las siguientes actividades:

- i)* establecer reglas que aseguren un equilibrio del mercado y protejan los derechos de los usuarios. De esta manera, «*el Estado no es un actor sino un árbitro del juego económico, limitándose a establecer las reglas de los operadores y esforzándose por armonizar sus acciones*»²⁵ a través de incentivos (regulación tarifaria, subsidios) y mecanismos de mercado, entre otros;
- ii)* resolver conflictos entre los partícipes del mercado regulado;
- iii)* supervisar la aplicación de tales reglas mediante controles, manejo de información, etc.;
- iv)* imponer sanciones para asegurar el cumplimiento de la regulación.

Esta intervención conlleva en la práctica nuevas formas de actuación administrativa (*actividades de regulación*), las que a su vez implican cambios en la realidad sistémica que conforma la estructura estatal; en particular, involucra a autoridades administrativas especializadas (*regulación desde la perspectiva de la organización*) encargadas de cumplir tal función en el sector económico intervenido.

²⁴ «La regulación impone este compromiso a los operadores que están dentro del mercado a través de medios jurídicos». Gérard Marcou, Introducción, en *Derecho de la Regulación, los servicios públicos y la integración regional* (Gérard Marcou y Franck Moderne, dirs.), Tomo II, Editorial Universidad del Rosario, L'Harmattan, 2011, p. 18.

²⁵ Chevallier, Jacques (2004). *L'État post-moderne*, segunda edición, Paris, LGDJ, P. 58.

2. Regulación de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) en la Ley 100 de 1993

2.1. Objeto, fundamentos y características del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS)

El Libro II de la Ley 100 establece el «sistema general de seguridad social en salud» y en el capítulo I se señalan el objeto, fundamentos y características del sistema, temas que, en lo pertinente para este concepto, se analizarán a continuación.

Según el artículo 152, «los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en (sic) toda la población al servicio en todos los niveles de atención».

Por su parte, el artículo 153 dispone el siguiente principio rector:

ARTÍCULO 153. (Modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011). Principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud: (...)

3.12. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.

Como puede verse, la regulación en el SGSSS parte del presupuesto de la existencia de un «mercado» competitivo, en el cual participan varios actores que ofrecen la administración y prestación de los servicios de salud, y los usuarios que demandan los servicios de las EPS y de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), bajo el principio de la libertad de escogencia, so pena de las sanciones administrativas previstas en la ley.

La intervención del Estado y sus fines regulatorios se confirman con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley 100, en particular lo relacionado con el principio de libre escogencia²⁶.

²⁶ «**ARTÍCULO 154.** Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

- a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley;
- b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;
- c) Desarrollar 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;

Por su parte, el artículo 156 *ibidem*, señala las características del SGSSS, que se transcriben en lo pertinente a este concepto:

ARTÍCULO 156. Características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

a) El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud;

b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales;

c) Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud;

(...)

e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el Gobierno;

(...)

g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas;

(...)

k) Las entidades promotoras de salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias instituciones prestadoras de salud, o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos.

d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;

e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;

f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;

g) Evitar que los recursos destinados a la Seguridad Social en Salud se destinen a fines diferentes;

h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

PARÁGRAFO. Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al Gobierno Nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo».

De las normas legales citadas se tiene que las EPS desempeñan una función esencial en el SGSSS, tanto en su administración y financiación, como en la afiliación de los usuarios al sistema. Por tal razón el «Estado regulador» garantiza la libre escogencia y propende por una regulación, valga la redundancia, que garantice la competencia en el mercado y la especialización de las funciones entre las EPS y las IPS.

2.2. Las EPS: definición y funciones

Sobre el primer aspecto, el artículo 177 de la Ley 100, dispone:

ARTÍCULO 177. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de qué trata el Título III de la presente Ley. (Se subraya)

Como se observa, más que una definición la norma se refiere a las funciones que se asignan a las EPS de administración del SGSSS, promover la afiliación y aceptar las solicitudes de afiliación de los usuarios, y la de organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional, aspectos que son reiterados en el artículo 178 de la citada ley²⁷.

Conforme lo reseña la Sala en el concepto 2235 y 2235 AD del 7 de diciembre de 2015, corresponde a las EPS recaudar las cotizaciones de sus afiliados en el régimen contributivo por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), y con cargo

²⁷ **ARTICULO 178.** Funciones de las Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:

1. Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la Seguridad Social.
3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.
4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.
5. Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.
6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
7. Las demás que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

a las cotizaciones recaudadas el SGSSS reconoce a las EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC)²⁸ por cada uno de los afiliados.

En este punto resalta la Sala que la Corte Constitucional²⁹ ha sostenido que la UPC tiene como finalidad financiar el cumplimiento de las funciones de las EPS dentro de un contexto de equilibrio, y que las EPS pueden aspirar a obtener una legítima ganancia por los servicios que prestan, sin que pueda considerarse que las UPC sean una renta propia de la cual puedan disponer libremente.

Sobre el diseño adoptado por el legislador para las EPS, la Corte Constitucional en la Sentencia C-828 de 2001 sostuvo:

La fórmula elegida por el legislador para diseñar el Sistema de Seguridad Social en Salud es la de privilegiar el subsidio de la demanda y prever la existencia de entidades administradoras que juegan el papel de intermediarias entre los recursos financieros y las instituciones que prestan el servicio de salud y los usuarios. El papel que desempeñan las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) se ajusta a la idea del contrato de aseguramiento, en el que el prestador asume el riesgo y la administración de los recursos. Sin embargo, no se trata de un contrato de seguros clásico porque, en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y, en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general. Las cotizaciones que hacen los afiliados al sistema de salud no se manejan como cuentas individuales en donde existe una relación conmutativa entre lo que se paga y lo que se recibe. Estos aspectos, de la relación entre afiliados y asegurador distinguen de fondo el contrato de aseguramiento en salud del contrato de seguros tradicional. (se resalta).

En consecuencia, las EPS son las entidades que i) administran el SGSSS, ii) en su calidad de intermediarias entre los recursos financieros y las instituciones que prestan el servicio de salud y los usuarios, iii) a través de un «contrato de aseguramiento», en el que el prestador asume el riesgo y la administración de los recursos. Para el efecto, deben promover la afiliación y están en la obligación de aceptar las solicitudes de afiliación de los usuarios y organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los

²⁸ La UPC constituye el valor reconocido a las EPS por los costos en que estas incurren con ocasión del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud POS de todos sus afiliados, el cual se ha de establecer con el propósito central de garantizar un equilibrio financiero que permita la prestación continua y eficiente del servicio. Ese valor es definido actualmente por la Comisión de Regulación en Salud-CRES conforme al numeral 3 del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007.

²⁹ Sentencia SU- 480 del 25 de septiembre de 1997 señaló: «Hay que admitir que, al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal».

afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional, bajo el principio del libre acceso.

Por último, el Estado garantiza para las EPS la obtención de una «legítima ganancia», lo que implica que su actividad tiene ánimo de lucro.

2.3. Las EPS: requisitos y tipologías

El artículo 180 de la Ley 100 de 1993 establece los requisitos para operar como EPS, entre los que se destaca que deben organizarse como personas jurídicas y contar con la autorización de la Superintendencia Nacional de Salud. Tales entidades pueden ser de naturaleza pública, privada o mixta, previo el lleno de los siguientes requisitos señalados en esa norma:

1. Tener una razón social que la identifique y que exprese su naturaleza de ser Entidad Promotora de Salud.
2. Tener personería jurídica reconocida por el Estado.
3. Tener como objetivos la afiliación y registro de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el recaudo de las cotizaciones y la promoción, gestión, coordinación y control de los servicios de salud de las Instituciones Prestadoras de Servicios con las cuales atienda a los afiliados y su familia, sin perjuicio de los controles consagrados sobre el particular en la Constitución y la Ley.
4. Disponer de una organización administrativa y financiera que permita:
 - a) Tener una base de datos que permita mantener información sobre las características socioeconómicas y del estado de salud de sus afiliados y sus familias;
 - b) Acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones y verificar la de las Instituciones y Profesionales prestadores de los servicios;
 - c) Evaluar sistemáticamente la calidad de los servicios ofrecidos.
5. Acreditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación y se logre la afiliación de personas de todos los estratos sociales y de los diferentes grupos de riesgo. Tales parámetros serán fijados por el gobierno nacional en función de la búsqueda de la equidad y de los recursos técnicos y financieros de que dispongan las Entidades Promotoras de Salud.
6. Acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el Gobierno Nacional.
7. Tener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la entidad, determinados por el Gobierno Nacional.

8. Las demás que establezcan la Ley y el reglamento, previa consideración del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Es preciso resaltar que, en la regulación sobre las EPS, la Ley 100 no establece una norma especial relacionada con el régimen jurídico aplicable a su contratación, como sí ocurre con las Empresas Sociales del Estado, en los términos previstos en el artículo 195 *ibidem*³⁰.

Por su parte, el artículo 181 establece la posibilidad de autorizar como EPS a otras entidades que bajo el modelo anterior a la Ley 100 administraban la seguridad social. Se cita esta norma, en lo pertinente, puesto que alude a entidades como el Fondo, objeto de consulta:

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

- a. El Instituto de Seguros Sociales;
- b. Las Cajas, Fondos, Entidades o empresas de Previsión y Seguridad Social del sector público, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 236 de la presente Ley;

La expresión «sin perjuicio» significa *dejando a salvo*³¹; de esta manera, los fondos que antes de la Ley 100 administraban servicios de salud podían transformarse en EPS si cumplían con los requisitos fijados en el artículo 181, pero aquellos que no lo hicieran podían acogerse a lo dispuesto en el artículo 236 *ibidem*, cuyo análisis se hace a continuación.

3. La transición al SGSSS de la Ley 100: las entidades adaptadas

El título V de la Ley 100 establece las reglas de transición al SGSSS por ella creado, así:

ARTÍCULO 234. Régimen de Transición. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con todas las entidades y elementos que lo conforman tendrá un plazo máximo de un año, contado a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, para iniciar su funcionamiento, salvo los casos especiales previstos en la presente Ley (...)

³⁰ «ARTÍCULO 195. Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...) 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá[n] discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto General de Contratación de la administración pública».

³¹ Diccionario de la lengua española. Disponible: <http://dle.rae.es/?id=VkmY0a2|Vkmn9cm>. Consultado: 23 de abril de 2020

Por su parte, el artículo 236 dispone, en lo pertinente para este concepto³², lo siguiente:

ARTICULO 236. De las Cajas, Fondos y Entidades de Seguridad Social del Sector Público, Empresas y Entidades Públicas.

Las cajas, fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades del sector público de cualquier orden, que con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley presten servicios de salud o amparen a sus afiliados riesgos de enfermedad general y maternidad, tendrán 2 años para transformarse en empresas promotoras de salud, adaptarse al nuevo sistema o para efectuar su liquidación, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional.

La transformación en Entidad Promotora de Salud será un proceso donde todos los trabajadores reciban el Plan de Salud Obligatorio de que trata el artículo 162 y, en un plazo de cuatro años a partir de la vigencia de esta Ley, éstos pagarán las cotizaciones dispuestas en el artículo 204 -ajustándose como mínimo en un punto porcentual por año-- y la Entidad Promotora de Salud contribuirá al sistema plenamente con la compensación prevista en el artículo 220. Cuando el plan de beneficios de la entidad sea más amplio que el Plan de Salud Obligatorio, los trabajadores vinculados a la vigencia de la presente Ley y hasta el término de la vinculación laboral correspondiente o el período de jubilación, continuarán recibiendo dichos beneficios con el carácter de plan complementario, en los términos del artículo 169. Las dependencias que presten servicios de salud de las cajas, fondos, entidades previsionales o entidades públicas con otro objeto social podrán suprimirse o convertirse en Empresas Sociales del Estado, que se regirán por lo estipulado en la presente Ley.

Las entidades públicas antes referidas, que a juicio del Gobierno Nacional no requieran transformarse en Empresas Promotoras de Salud, ni liquidarse podrán continuar prestando los servicios de salud a los servidores que se encuentren vinculados a la respectiva entidad en la fecha de iniciación de vigencia de la presente Ley y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo vienen haciendo. Estas entidades deberán, no obstante, ajustar gradualmente su régimen de beneficios y financiamiento, al previsto en los artículos 162, 204 y 220 de esta Ley, en un plazo no mayor a cuatro (4) años, de tal manera que participen en la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De conformidad con lo anterior, las entidades recaudarán mediante retención a los servidores públicos, en forma creciente y explícita, las cotizaciones establecidas en el artículo 204 de la presente Ley, la cual aumentará como mínimo en un punto porcentual por año (...).

³² Se omite lo relacionado con la liquidación de entidades, pues no es un aspecto sometido a consulta, al igual que lo relacionado con nuevas afiliaciones.

La Sala extrae de la noma transcrita los siguientes aspectos relevantes para el caso consultado:

a) Término del periodo de transición y alternativas legales:

Se estableció un término de dos años, a partir de la vigencia de la Ley 100, para que las cajas, fondos y entidades de seguridad social del sector público, empresas y entidades del sector público de cualquier orden, que con anterioridad a la fecha de vigencia de esa ley prestaban servicios de salud o amparaban a sus afiliados riesgos de enfermedad general y maternidad -según la reglamentación que expediera el Gobierno- optaran por:

- i)* transformarse en empresas promotoras de salud;
- ii)* adaptarse al nuevo SGSSS, y
- iii)* efectuar su liquidación

Descartada la tercera opción por sustracción de materia, pasa la Sala a analizar la hipótesis –también negada-, de que el proceso surtido por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia (el Fondo), tuviera alguna cercanía con la figura de transformación en EPS (de las previstas en la Ley 100).

De los antecedentes de la consulta no se advierte que el Fondo haya acudido a dicha transformación ni que la Superintendencia Nacional de Salud le hubiese otorgado autorización (o certificado de funcionamiento) para operar como EPS.

El artículo 2 del Decreto Reglamentario (en adelante, D.R.) 1890 de 1995³³, confirma la anterior aseveración, así:

Artículo 2. Definición de transformación. Para efectos de este Decreto se entiende que una de las entidades a que se refiere el primer inciso del artículo anterior se transforma cuando se expiden los actos jurídicos necesarios para ajustar sus estatutos, estructura y funcionamiento al régimen de las Entidades Promotoras de Salud, de conformidad con lo dispuesto por este Decreto. Una vez cumplido lo anterior la Superintendencia Nacional de Salud decidirá sobre el otorgamiento del certificado de funcionamiento de la entidad transformada. (Se subraya).

Por lo expuesto, el Fondo continúa con su naturaleza original de establecimiento público, bajo el régimen de derecho público que rige este tipo de entidades descentralizadas, incluido lo referente a los contratos que celebra, conforme a la ley de su creación y sus estatutos, según se ha explicado. Estas normas no han sido modificadas para ajustar su funcionamiento al régimen de las EPS, lo cual

³³ «Por el cual se reglamentan los artículos 130 y 236 de la Ley 100 de 1993».

explicaría que la mencionada Superintendencia no le haya otorgado autorización de funcionamiento como EPS, aspecto que se reitera con lo dispuesto en el artículo 3 del citado D.R. 1890:

Artículo 3. Proceso de transformación y autorización de funcionamiento. Las entidades a que se refiere el artículo primero de este Decreto podrán ser transformadas en Entidades Promotoras de Salud por la autoridad estatal competente, y serán autorizadas para funcionar como tales, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, con sujeción a lo previsto en el presente artículo.

La transformación deberá realizarse a más tardar el 23 de diciembre de 1995, de conformidad con lo establecido en el inciso 1º del artículo 236 de la Ley 100 de 1993 (...)

Dado que el Fondo no adelantó ninguna de las modificaciones legales, estatutarias y reglamentarias para transformarse en una de las EPS reguladas por la Ley 100 de 1993, en los plazos legales señalados, corresponde a la Sala profundizar en la segunda alternativa legal: adaptación al nuevo SGSSS.

b. Entidades adaptadas al nuevo SGSSS:

Corresponde al caso de las entidades que no se transformaron en EPS, y respecto de las cuales no se ordenó su liquidación durante el término de 2 años otorgados por el artículo 236 de la Ley 100 y el D.R. 1890 de 1995.

Legalmente se permitió a tales entidades adaptarse al nuevo SGSSS regulado por la Ley 100. La autorización legal consiste en «continuar prestando los servicios de salud a los servidores que se encuentren vinculados a la respectiva entidad en la fecha de iniciación de vigencia de la presente Ley y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo vienen haciendo», según expresamente lo dispone el citado artículo 236.

El mando legal lo desarrolla el D.R. 1890 de 1995, en los siguientes términos:

Artículo 10. Entidades objeto de adaptación. Las entidades a que se refiere el artículo 1º del presente Decreto que vienen amparando a servidores públicos en los riesgos de enfermedad general y maternidad que no se transformen en Entidades Promotoras de Salud, podrán continuar prestando el servicio de salud a aquellos servidores que se encontraban vinculados el 23 de diciembre de 1993, y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo vienen haciendo, siempre y cuando dichas entidades acrediten a la

Superintendencia Nacional de Salud el cumplimiento de los siguientes requisitos (...)³⁴

De lo expuesto se tiene que entidades como el Fondo, que tenían la función de amparar a sus afiliados con un servicio de salud, debían cumplir con los requisitos exigidos en la regulación para que se les autorizara «continuar prestando dichos servicios», so pena de proceder a su liquidación, tal como lo señala el artículo 12 del D.R. 1890:

³⁴ «1. Un número de afiliados y beneficiarios superior a cinco mil (5.000). En todo caso, con posterioridad a su adaptación la entidad deberá conservar un número de afiliados y beneficiarios no inferior al treinta por ciento (30%) de los que inicialmente haya acreditado, ni menor en todo caso a dos mil (2.000), so pena de que deba procederse a su supresión y liquidación.

2. Presentar el presupuesto o proyecto de presupuesto para el año 1996 que permita establecer que la entidad dispondrá de los recursos necesarios para cumplir las funciones que le corresponden como entidad adaptada. En todo caso debe acreditarse la financiación de los demás beneficios que otorgue, de conformidad con el artículo 169 de la Ley 100 de 1993 y con sujeción a lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 236 de la misma ley.

3. Acreditar capacidad técnica y administrativa que garantice gradualmente la prestación del Plan Obligatorio de Salud con cobertura familiar en los términos del artículo 15 de este Decreto, con el fin de no afectar el Derecho a la Seguridad Social de los familiares de los trabajadores.

4. Acreditar que se hará una clara separación entre los siguientes recursos:

- a) Los correspondientes a la actividad ordinaria de la entidad objeto de adaptación;
- b) Los correspondientes a las cotizaciones obligatorias, a la unidad de pago por capitación, y los pagos por concepto de planes complementarios de salud, y
- c) Los previstos para pagar el valor de los servicios médico-asistenciales que preste directa o indirectamente la entidad y los gastos administrativos correspondientes.

5. El compromiso de financiar en su totalidad a partir del 1° de diciembre de 1997, el Plan Obligatorio de Salud con el valor correspondiente a las respectivas unidades de pago por capitación y con los pagos compartidos que se prevean en los términos del artículo 187 de la Ley 100 de 1993.

Parágrafo 1. La Superintendencia Nacional de Salud evaluará la documentación presentada, y podrá solicitar la información adicional que requiera para verificar la capacidad técnica, administrativa y financiera de cada entidad para continuar prestando el servicio de salud.

Parágrafo 2. Cuando las entidades que se adapten dejen de cumplir los requisitos a que se refiere el presente artículo, no podrán continuar prestando el servicio como entidades adaptadas. En tal caso deberá procederse a la liquidación de la entidad, si su objeto es prestar el servicio de salud, o de la dependencia que prestaba dichos servicios.

Parágrafo 3. Se autorizará igualmente la adaptación de las Cajas de Previsión Social que a pesar de no tener más de cinco mil afiliados o beneficiarios, poseen un número superior a dos mil, siempre y cuando se acredite a la Superintendencia Nacional de Salud que la respectiva Caja puede financiarse totalmente con las cotizaciones obligatorias o los recursos correspondientes a las unidades de pago por capitación, según el caso, con las cuotas moderadoras y pagos compartidos, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias. En todo caso las entidades que estén en proceso de adaptación podrán vender servicios como I.P.S. a otras Entidades Promotoras de Salud si así lo deciden.

Parágrafo 4. También se autorizará la adaptación de aquellas entidades que amparen a servidores públicos en los riesgos de enfermedad general y maternidad y presten sus servicios en lugares en donde la Superintendencia Nacional de Salud establezca que no existe oferta de servicios de promotoras de salud, para lo cual se tendrán en cuenta las entidades que se transformen en promotoras de salud de acuerdo con lo previsto en este Decreto. En todo caso, las entidades a que se refiere este parágrafo deberán cumplir los requisitos a que hacen referencia los numerales 2°, 3°, 4°, y 5° del presente artículo».

Artículo 12. Entidades a las cuales no se autorice adaptarse para continuar prestando el servicio de salud. Las entidades a que se refiere el artículo 1º del presente Decreto cuyo objeto sea amparar los riesgos de enfermedad general y maternidad, que no se transformen en Entidades Promotoras de Salud y no sean autorizadas para continuar haciéndolo en los términos del presente capítulo, deberán liquidarse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 22, 23, 24 y siguientes de este Decreto.

Para el caso del Fondo, se evidencia que ese establecimiento público cumplió con los requisitos exigidos para adaptarse al nuevo SGSSS, en los aspectos técnicos y jurídicos, lo que le permitió obtener la autorización por parte del Gobierno Nacional para continuar cumpliendo sus funciones, en los términos del artículo 236 de la Ley 100 de 1993. Lo anterior llevó a la expedición del Decreto 489 de 1996, «Por el cual se autoriza a unos fondos del sector público, para continuar prestando servicios de salud en los términos del Capítulo II del Decreto 1890 de 1995», así:

Artículo 1. Autorizar a los Fondos del sector público que a continuación se relacionan, para que continúen prestando servicios de salud o amparen a sus afiliados en los riesgos de enfermedad general y maternidad, como entidades adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos del Capítulo II del Decreto 1890 de 1995:

(...)

3. Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con domicilio en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.

Parágrafo. Los Fondos a que se refiere el presente artículo, sólo podrán continuar prestando los servicios de salud, a los servidores que se encontraban vinculados a las respectivas entidades y dependencias en la fecha de iniciación de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, en la forma como lo venían haciendo, sin que se puedan realizar nuevas afiliaciones, con excepción de aquéllas necesarias para dar cumplimiento a la cobertura familiar de sus afiliados.

4. Conclusiones sobre la naturaleza, actividad y régimen contractual del Fondo como entidad adaptada al SGSSS

- a. La regulación prevista en la Ley 100 de 1993 sobre el nuevo SGSSS, no le da la naturaleza de EPS al Fondo.
- b. Al Fondo se le otorgó la alternativa de adaptarse al nuevo SGSSS, por la cual optó y, en consecuencia, le fue concedida la autorización prevista en el Decreto 489 de 1996.
- c. Tal autorización en manera alguna modificó la naturaleza del Fondo, ni el régimen jurídico que les aplicable como establecimiento público, no solo por

la inexistencia de norma legal que así lo hubiese previsto, sino porque el Fondo no adelantó ninguna de las modificaciones legales, estatutarias y reglamentarias para transformarse en una de las EPS reguladas por la Ley 100 de 1993, en los plazos legales señalados por la regulación.

Reitera la Sala que la naturaleza y el régimen jurídico de una entidad descentralizada -el Fondo lo es- deben ser otorgadas al momento de su creación, competencia constitucional que ha sido atribuida al Legislador, en el caso de las del orden nacional, por lo que cualquier modificación a dicha naturaleza y régimen requiere de una ley o norma con fuerza de ley que expresamente lo señale.

- d. La autorización legal para las «entidades adaptadas» al nuevo SGSSS consiste en «**continuar prestando** los servicios de salud a los servidores que se encuentren vinculados a la respectiva entidad en la fecha de iniciación de vigencia de la presente Ley y hasta el término de la relación laboral o durante el período de jubilación, **en la forma como lo vienen haciendo**».
- e. La continuidad del servicio concedida al Fondo corresponde a lo autorizado por la ley de su creación, sus estatutos, el artículo 236 de la Ley 100 y el Decreto 489 de 1996, normativa que –expresamente- le permite cumplir con sus funciones respecto de los servidores que se encontraban a él vinculados en la fecha de iniciación de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y hasta el término de la relación laboral o durante el periodo de jubilación, en la forma como lo venía haciendo, sin que se puedan realizar nuevas afiliaciones, con excepción de aquéllas necesarias para dar cumplimiento a la cobertura familiar de sus afiliados.
- f. El que el artículo 236 de la Ley 100 obligue a las «entidades adaptadas» al SGSSS, a «ajustar gradualmente su régimen de beneficios y financiamiento, al tenor de lo previsto en los artículos 162, 204 y 220 de esta Ley, en un plazo no mayor a cuatro (4) años, de tal manera que participen en la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía», no significa que tengan la naturaleza de EPS, ni que la ley les de ese carácter. De lo que se trata es de cumplir con la regulación que el Estado ha diseñado para el SGSSS al cual se ha adaptado.

Si como se afirma en la consulta, al Fondo como «entidad adaptada» se le aplican las condiciones de autorización, habilitación y permanencia previstas en la regulación del SGSSS, tal circunstancia no la convierte en una EPS, ni mucho menos puede variar su naturaleza y régimen jurídico.

Escapa a la consulta formulada analizar la razonabilidad, proporcionalidad y pertinencia de la regulación que allí se cita, vale decir la aplicable al Fondo

como «entidad adaptada», teniendo en cuenta que en los actos regulatorios citados no se alude al régimen contractual del Fondo³⁵.

- g. La Ley 100 de 1993 no estableció régimen contractual alguno para las «entidades adaptadas» al SGSSS. Es claro que el legislador lo consideró innecesario, al autorizar que su funcionamiento continuara en la «forma como lo vienen haciendo», que incluye lo relacionado con su naturaleza jurídica y régimen de contratación, el cual quedó ratificado.

De esta manera, la Sala reitera que los contratos que el Fondo celebre para el cumplimiento de sus funciones están sometidos a la Ley 80 de 1993, por expresa disposición de la ley que lo creó como establecimiento público -D.L. 1591 de 1989-, sus estatutos -Decreto 1435 de 1990-, la misma Ley 80 de 1993 y la Ley 489 de 1998.

Por último, la Sala recuerda lo dicho en el Concepto 2242 del 9 de julio 2015, para lo cual siguió la doctrina más autorizada sobre la materia:

(...) resulta necesario tener presente que en el ámbito del Estado social y democrático de derecho, las fórmulas organizativas no son expresiones huecas de contenido o simplemente neutras; por ello, habrá de dilucidarse, en casos específicos, si una fórmula institucional entre varias constitucional y jurídicamente posibles, resulta más apropiada para alcanzar los propósitos, cometidos y finalidades conforme a los principios de la actividad estatal o para la garantía y preservación de los derechos fundamentales de los asociados.

(...) En fin, en la escogencia de modalidades institucionales y los consecuentes regímenes de derecho privado, debe constatarse que la utilización de los mismos no se encamine a 'huir' de manera indebida de la preceptiva juspublicista a la búsqueda de un 'refugio' para evadir el régimen de imperativo cumplimiento y los controles propios de la gestión pública. Al respecto cabe recordar que todo bien público conserva esa naturaleza sin importar el régimen jurídico que se aplique a la actividad a la cual se encuentre afectado y la actividad de derecho público se preserva como tal a pesar de la fisonomía jurídica del gestor³⁶. (Se resalta).

E. La Ley 1122 de 2007³⁷

El objeto de la citada ley es realizar ajustes al SGSSS, bajo la prioridad de mejorar la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin, se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización y mejoramiento en la prestación de servicios de salud,

³⁵ Artículo 2.5.2.3.1.2 del Decreto 780 de 2016, Resolución 2515 de 2018 y Circular 008 de 2018.

³⁶ TAFUR GALVIS, Álvaro. "Constitución política y potestad organizatoria". Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2011.

³⁷ «por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones»

fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control, y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud (artículo 1)

Se aprecia entonces que con dicha ley se introducen reformas al modelo administrativo y financiero del SGSSS diseñado en la Ley 100 de 1993.

En relación con el citado modelo, la Ley 1122 establece lo siguiente:

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. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento (...)

Con base en la anterior reorganización la ley, a lo largo de su texto, modifica las responsabilidades de las EPS frente al SGSSS. Y prevé en una de sus disposiciones finales:

Artículo 45. Régimen de contratación de EPS públicas. Las Empresas promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y Contributivo Públicas tendrán el mismo régimen de contratación que las Empresas Sociales del Estado.

Ya se indicó en este concepto que, en materia contractual, las Empresas sociales del Estado se regirán por el derecho privado «pero podrá[n] discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto General de Contratación de la administración pública»³⁸.

No obstante, dado que la Ley 1122 de 2007 en manera alguna se refiere al régimen contractual del Fondo, y que el citado establecimiento público no tiene la naturaleza de una EPS, pública o privada, ni puede ser asimilado a ellas -por las razones que ha sido expuestas en este concepto-, debe concluirse que no le es aplicable el régimen contractual previsto para las EPS públicas en los términos del artículo 45 de la Ley 1122 de 2007.

Con base en las anteriores consideraciones,

³⁸ Artículo 195, Ley 100.

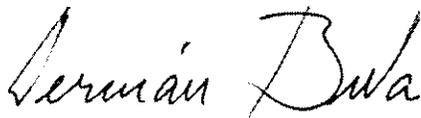
III. LA SALA RESPONDE:

«¿Es procedente que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad que garantiza la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, bajo exigencias y requisitos similares a los establecidos para las EPS, puedan contratar dichos servicios conforme el régimen de contratación establecido en el artículo 45 de la Ley 1122 de 2007 para las EPS públicas, esto es, el derecho privado, o para el efecto debe dar aplicación a las reglas contractuales establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta que su naturaleza jurídica corresponde a la de Establecimiento Público?»

El régimen de contratación del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia es el establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993 y sus modificaciones-, por expresa disposición de la ley que lo creó como establecimiento público -D.L. 1591 de 1989-, sus estatutos -Decreto 1435 de 1990-, la misma Ley 80, y la Ley 489 de 1998.

Dado que el Fondo no es una EPS pública, no le es aplicable el régimen de contratación previsto en el artículo 45 de la Ley 1122 de 2007.

Remítase al Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República



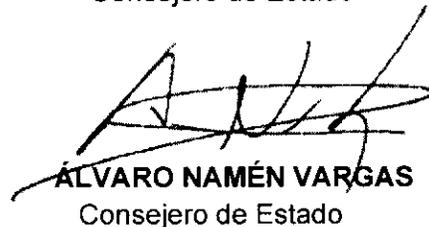
GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala



ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado



EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala

19 JUN. 2020

LEVANTANTADA LA RESERVA LEGAL MENDIANTE OFICIO No. 202011600883941.