



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

No. de Referencia: 11001-03-26-000-2004-00055-00

No. Interno: 0038-2013

Actor: SERGIO ANDRES GARCIA

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción pública de simple nulidad ejercida por el señor Sergio Andrés García contra los artículos 9 y 11 del Decreto 3260 de 2004 *“Por el cual se adoptan medidas para optimizar el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, proferido por el Presidente de la



República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de la Protección Social¹.

ANTECEDENTES

El señor Sergio Andrés García, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda ante esta jurisdicción la nulidad de los artículos 9 y 11 del Decreto 3260 de 2004, proferido por el Gobierno Nacional que indica:

“DECRETO 3260 de 2004

(Octubre 07)

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

El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y por el artículo 154 literal g), de la Ley [100](#) de 1993; en concordancia con los artículos 64, 96 y 107 de la Ley [715](#) de 2001, 7, 11 y 12 del Decreto -ley 1281 de 2002 y 54 de la Ley 812 de 2003,

DECRETA:

Artículo 9º. *Reglas para el pago en los contratos por conjunto integral de atención, pago por evento u otras modalidades diferentes a la capitación en regímenes contributivo y subsidiado.*

¹ La Ley 1444 de 2011 escindió el Ministerio de la Protección Social y creó los Ministerios del Trabajo, y de Salud y Protección Social.



En los contratos donde se pacte una modalidad de pago diferente a la capitación, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, las EPS o ARS y las IPS se sujetarán al siguiente procedimiento de trámite y pago de las cuentas:

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

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

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

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

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

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

3. Cuando se formulen glosas a la factura la IPS contará con treinta (30) días calendario para responderlas. Una vez respondidas las glosas la ARS

o EPS contará con cinco (5) días calendario para proceder al pago de los valores que acepta y dejar en firme las glosas que considere como definitivas.

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

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

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

(...)

“Artículo 11. *Pagos por capitación en los regímenes contributivo y subsidiado. Cuando se trate de contratos de prestación de servicios por capitación tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, las EPS y ARS pagarán dentro de los diez (10) primeros días hábiles de cada mes a las instituciones prestadoras de servicios de salud, el valor mensual correspondiente, sin perjuicio de los ajustes posteriores por concepto de novedades, los cuales se harán en el siguiente pago o a más tardar en el momento de la liquidación de los respectivos contratos.”*

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda el actor cita como normas violadas:

De la Constitución Política, los artículos 13, 84, 122, 150 numerales 7 y 21, 189 numeral 11 y 333.

De la Ley 100 de 1993, el artículo 154.



Como fundamento de la pretensión de nulidad el demandante expone los siguientes argumentos:

Indica que los artículos 9 y 11 del Decreto 3260 de 2004 reglamentan las reglas para el pago en los contratos por conjunto integral de atención, pago por evento u otras modalidades diferentes a la capitación, y los pagos por capitación en los regímenes contributivo y subsidiado, en los contratos entre las EPS o ARS y las IPS.

Expresa que las normas demandadas al regular las relaciones contractuales entre particulares, desconocen los Códigos de Comercio y Civil. Agrega que los preceptos atacados también permiten un trato desigual entre las Empresas Sociales del Estado ESE, respecto de las EPS, ARS e IPS, toda vez que *“las primeras se rigen por el derecho privado civil y comercial al asimilarlas la ley como particulares, en cambio, las segundas (EPS, ARS e IPS) no son consideradas así, pues los artículos demandados del Decreto Ejecutivo al regular su actividad contractual desestiman los cánones contenidos en la Ley Civil y Comercial”*. (fl. 5).

Manifiesta que los Fondos de Pensiones y las Administradores de Riesgos Profesionales también influyen en el flujo de recursos, sin embargo el Gobierno Nacional solo cobijó con la regulación demandada a las EPS, ARS e IPS, cuando todas pertenecen al Sistema de Seguridad Social.

Señala que se afecta el derecho a la libertad económica de las EPS, ARS e IPS, como quiera que solo bajo autorización legal, el Gobierno Nacional puede intervenir en la economía.

Agrega que los preceptos acusados están viciados por exceso de la potestad reglamentaria en razón de la *“injerencia estatal sobre la participación de entidades privadas en el ámbito del servicio público de salud al regular el modo y condiciones*



de pago por contratación de servicios” (fl. 6), pues solo el legislador está facultado para hacer dichas modificaciones, en virtud de la reserva legal.

Considera que no existe un criterio de razonabilidad que motivara la expedición de los artículos del Decreto demandado, debido a que *“el mayor represamiento de recursos no se encuentra en las entidades promotoras de salud quienes cancelan oportunamente a su red, sino en el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA” (fl. 6).*

Expone que las EPS, ARS e IPS, según su marco normativo, contratan bajo el derecho privado y que realizan el pago oportuno de las cuentas y facturas, sin embargo, con los artículos demandados *“se quiere usurpar la consensualidad y las formas de cobro y pago pactadas entre las partes de un negocio privado respecto al servicio de salud, el cual no se ha visto afectado por tal motivo” (fl. 7).*

Adiciona que solo la ley puede suplir la voluntad de las partes en un contrato, ante la omisión del negocio jurídico, de modo que mediante un acto administrativo no es posible *“reglar aspectos permitidos libremente por la Ley a los particulares, sin incurrir en un exceso de la potestad reglamentaria” (fl. 7).*

Precisa que **la violación al artículo 13 de la Constitución Política** consiste en que, conforme a los artículos 4 y 8 de la Ley 100 de 1993, las entidades que integran el sistema de seguridad social, prestan un servicio público y manejan recursos del sistema, de modo que se encuentran en un plano de igualdad, los fondos de pensiones, las ARS y las EPS. En este orden las normas demandadas, no pueden imponer unas condiciones solo a un grupo de ellas, pues todas prestan el servicio de seguridad social con recursos del mismo fondo.

Señala que con la expedición de las normas acusadas, el Gobierno Nacional desconoció las normas de los Códigos de Comercio y Civil que regulan los plazos, formas y lugares de pago de las obligaciones.



Expone que el desconocimiento del **artículo 84 de la Constitución Política** radica en que el legislador en los Códigos Civil y Comercial ha dispuesto una regulación de carácter general que comprende los contratos privados de las EPS o ARS e IPS. Normas estas que son de superior jerarquía que los actos administrativos.

Explica que el Decreto 3260 de 2004 al regular lo que ya está desarrollado por la ley, respecto de los pagos y los plazos, establece requisitos adicionales y diferentes. Condiciones que *“rayan en el exceso de la intervención estatal”* (fl. 11).

Precisa sobre el desconocimiento del **artículo 122 de la Carta Política** que ninguna de las normas invocadas por el Gobierno Nacional para expedir los artículos demandados, lo autorizan para distinguir donde la ley no lo ha hecho, al someter las EPS, ARS e IPS a un régimen de trámite y pago de cuentas de sus negocios privados.

Respecto de la violación del **artículo 150 numerales 7 y 21 de la Constitución Política** manifiesta que el Gobierno Nacional a través del decreto reglamentario *“no puede atribuir unas nuevas y caprichosas formas de trámite y pago de facturas, al extremo de desmontar definiciones y autorizaciones a la consensualidad plenamente habilitadas y permitidas por las disposiciones legales”* (fl. 14).

Resalta que los artículos demandados imponen una limitación a la libertad económica, competencia que corresponde al Congreso, de conformidad con el artículo 334 de la Constitución Política.

Destaca que el Gobierno Nacional también violó el **artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política** porque modificó la regulación legal sobre la contratación privada al ejercer la potestad reglamentaria.



Relata que el Gobierno Nacional no ha cumplido las normas previstas en los artículos 873, 876, 877, 880, 881 y 947 del Código de Comercio, y 1602, 1608, 1626, 1627, 1645, 1646, 1928 y 1929 del Código Civil. Afirma que por el contrario, se expidió el decreto demandado *“para modificar estas disposiciones legales y normas concordantes de la Ley 100 en relación con las EPS, ARS e IPS”* (fl. 16).

Manifiesta que las normas acusadas derogaron tácitamente *“las facultades consensuales y de las presunciones legales previstas en las normas para los negocios privados”* (fl. 16), con lo cual se desconoció que el contrato es ley para las partes y que no puede ser invalidado por un acto administrativo.

Aduce que los artículos demandados son contrarios al Código Civil e invalidan las cláusulas pactadas en los contratos, siendo la pérdida de validez solo posible por mutuo acuerdo o por causas legales, pero no por un acto administrativo.

Plantea que las normas acusadas establecen unas presunciones sobre las sumas debidas cuando las IPS no se pronuncian sobre las facturas en el plazo señalado en el decreto; así aduce que no se tiene en cuenta si se prestó efectivamente el servicio, evento en el cual se estará frente al pago de lo no debido.

Señala sobre el desconocimiento del **artículo 333 de la Constitución Política** que según los artículos 48 y 49 *ídem*, la salud es un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Igualmente expone que según el artículo 365 *ídem* los servicios públicos están sometidos el régimen que establezca la ley.

Precisa que el artículo 154 de la Ley 100 de 1993 regula la intervención de Estado en la prestación de servicio público de salud. Señala así que aunque la libertad económica está protegida por la Constitución, encuentra sus límites en la prevalencia del interés general y que para que éstos sean legítimos deben ser proferidos por el legislador.

Advierte que los artículos demandados introducen “*requisitos, trámites previos y posteriores a determinada conducta y plazos perentorios para el ejercicio de la actividad económica de las EPS, ARS e IPS, además limita la libertad económica sin que medie ley que cumpla con las formas y contenidos que implica la intervención en el sector de la seguridad social*” (fl. 23).

Expone que el legislador no ha autorizado al Gobierno Nacional para que limite las libertades económicas de las EPS, ARS e IPS, en la relacionado con el cumplimiento de las obligaciones contractuales, al respecto cita la sentencia de la Corte Constitucional C-615 de 2002, relativa a la facultad del Estado de intervenir en la libertad del mercado.

Considera que el Gobierno Nacional a través del decreto demandado incumplió los requisitos previstos por la Corte Constitucional para imponer la prohibición así:

“i) el Gobierno no está facultado por la ley para imponer esta restricción, ii) se violenta la libertad de empresa tal como lo expresamos en este mismo acápite, iii) no está motivada la decisión con razones suficientes y adecuadas, la restricción propuesta no es proporcionalmente adecuada para cumplir el fin propuesto; iv) la decisión en nada atiende el principio de solidaridad, v) la norma no responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”

Sobre el desconocimiento del artículo 154 de la Ley 100 de 1993 precisa que la facultad de intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud está circunscrita a los fines dispuestos en esta norma y que el trámite de los pagos según en los artículos demandados, no está relacionado con ninguno de aquellos fines.

Advierte que el Estado puede asumir directamente la prestación del servicio de salud o puede delegarlo en particulares, caso en el cual ejerce un control en lo



relacionado con la eficiencia, oportunidad, continuidad y calidad del servicio, sin entrar a coadministrar.

Precisa que la facultad de intervención del Estado debe garantizar y respetar la autonomía de las entidades que prestan el servicio en virtud de la delegación. Agrega que dicha intervención se efectúa sobre aspectos como el cumplimiento de la normatividad aplicable a las personas jurídicas y naturales inmersas en las actividades del sistema de salud, sin entrar a regular los negocios regidos por el derecho privado.

Explica que el desbordamiento en la intervención gubernamental va en contra de la libertad de competencia económica, igualmente destaca que la coadministración del Estado en el servicio de salud, le podría implicar responsabilidad en la medida en que una regulación excesiva limita la autonomía y capacidad de organización de las EPS.

Indica que si bien, la expedición de las normas demandadas se justifica por parte del Gobierno Nacional, en la regularización del flujo de los recursos del servicio de salud *“la norma propuesta está lejos de lograrlo en la medida en que el mayor represamiento de recursos no se encuentra en las entidades promotoras de salud, quienes cancelan oportunamente a su red, sino en el Fosyga”* (fl. 27).

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 16 de marzo de 2005 (fls. 66 a 72), la Sección Tercera admitió la demanda y negó la suspensión provisional de los artículos 9 y 11 del Decreto 3260 de 2004, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Adujo que la acción presentada aunque se tituló *“nulidad por inconstitucionalidad”*, debe dársele el trámite de simple nulidad, como quiera que en el presente caso el



decreto demandado fue expedido con fundamento en la facultad reglamentaria del Presidente de la República. En este orden, por tratarse de actos administrativos se consideró que el control le correspondía a la Sección Tercera al “*versar sobre asuntos contractuales*” (fl. 67).

Sobre la solicitud de suspensión provisional, explicó que *prima facie* no era posible establecer que los artículos demandados violaran las normas invocadas en la demanda, sino que se requería un estudio de fondo, que corresponde a la sentencia.

Posteriormente, en auto del 22 de mayo de 2006 (fl. 111) se decretaron las pruebas pedidas por las partes y en auto del 18 de mayo de 2007 (fl. 126) se corrió traslado para que se alegara de conclusión.

Finalmente mediante auto del 14 de noviembre de 2012 (fl. 194) la Sección Tercera estimó que el asunto debatido en este proceso, corresponde a un tema “*relacionado con el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud*” (fl 194) y decidió remitir el expediente a esta Sección, de conformidad con el Acuerdo 55 de 2003.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de la Protección Social se opone a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes razonamientos (fls. 79 a 90):



Considera que las disposiciones demandadas no desconocen los Códigos Civil y de Comercio, toda vez que contienen el procedimiento para el pago de los servicios de salud entre administradores y prestadores, ámbito que no es exclusivo del derecho privado.

Precisa que en la prestación del servicio de salud, la Constitución Política exige que el Estado intervenga en el mismo.

Afirma que las Empresas Sociales del Estado son Instituciones Prestadoras de servicios de Salud de naturaleza pública (arts. 194 y 195 de la Ley 100 de 1993) y que solo en temas contractuales se rigen por el derecho privado, de modo que *“la norma demandada se aplica a todas las entidades públicas, para el caso de las ESE o ARS, y privadas como las EPS, ARS e IPS).*

Manifiesta que el procedimiento ante el Fondo de Solidaridad y Garantía por recobros, es diferente del trámite para el pago de cuentas de las aseguradoras con los prestadores de servicios.

Explica que corresponde a la parte demandante probar la afirmación según la cual, los pagos de las EPS a las IPS son oportunos, pues *“contrario a lo afirmado se tiene que las agremiaciones de IPS públicas y privadas, señalan el no pago oportuno por parte de las EPS”* (fl. 80).

Expone que es fundamental garantizar el flujo de los recursos para obtener una adecuada prestación del servicio de salud, de modo que el cumplimiento del contrato entre las EPS y las IPS no solo afecta a las partes contratantes, sino también a los usuarios de los servicios, siendo éstos quienes se ven afectados



cuando el flujo de recursos es inadecuado. Por este motivo, el Estado mediante el ejercicio de la facultad reglamentaria señala los plazos máximos razonables; en este orden agrega que *“no es cierto entonces que se está atentando contra la autonomía de los contratantes pues deja en libertad en otros aspectos de la contratación.”* (fl. 81).

Señala que el Sistema General de Seguridad Social en Salud está regido por la Ley 100 de 1993 y que la prestación del servicio de salud implica la intervención del Estado, en virtud de la naturaleza del servicio, el cual no puede someterse exclusivamente a normas civiles y comerciales.

Expresa que las normas acusadas no violan el artículo 13 de la Constitución Política frente a las Administradores de Riesgos Profesionales, Fondos de Pensiones y Empresas Sociales del Estado, porque éstos están regidos por normas diferentes a las del sistema general de seguridad social en salud.

Advierte que las entidades señaladas en la demanda no tienen las mismas funciones, aunque todas pertenezcan al Sistema de Seguridad Social Integral, dado que los recursos que manejan no provienen del mismo fondo y que tienen destinación específica.

Plantea que tampoco existe un trato desigual frente a las Empresas Sociales del Estado, pues éstas son IPS de naturaleza pública (arts. 194, 195 y 196 de la Ley 100 de 1993 y 83 de la Ley 489 de 1998). De modo que las reglas sobre pagos y plazos establecidas en el decreto demandado también se aplican a las ESE.



Narra que lo planteado en la demanda, desconoce que el artículo 154 de la Ley 100 de 1993 prevé la facultad de intervención estatal en el servicio público de seguridad social en salud, debido a que se permite la participación de diferentes entidades en la prestación del servicio, pero bajo las regulaciones y vigilancia del Estado.

Explica que las normas invocadas por el Gobierno Nacional como fundamento para expedir el decreto demandado, buscan garantizar el flujo de los recursos del sistema, la oportunidad en el giro y la correcta destinación de los mismos.

Precisa que el fin de las normas acusadas es garantizar la existencia de las condiciones financieras para que las instituciones que prestan los servicios de salud respondan a sus obligaciones.

Aduce que es una obligación del Estado garantizar, dirigir y controlar el servicio público obligatorio de seguridad social, bajo los principios de universalidad y solidaridad (art. 48 y 49 de la CP), y que para este efecto debe fijar las políticas y expedir los actos administrativos que se requieran para alcanzar los objetivos en cita.

Advierte que las normas del sistema general de seguridad social en salud deben proteger a los usuarios y afiliados, así el Estado es un garante y está llamado a realizar los esfuerzos fiscales y administrativos necesarios, para cumplir con sus cometidos.

Señala que el Gobierno debe intervenir expidiendo normas que regulen los procedimientos y plazos para el pago de las cuentas de los contratos celebrados entre los administradores y los prestadores del servicio de salud, de modo que se



asegure la prestación efectiva del servicio a los usuarios “pues éstos no pueden estar expuestos a la negación del servicio por la ausencia o mora en el pago y en general, por aspectos de carácter administrativo en la relación contractual entre administradores y prestadoras, los cuales, como ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia constitucional, son ajenos a la prestación del servicio.” (fl. 84).

Indica que las normas demandadas no violan los artículos 122, 150 (numerales 7 y 21) y 333 de la Constitución Política, pues fue justamente en desarrollo de las facultades de intervención del Gobierno Nacional que se adoptaron las medidas previstas en los preceptos accionados, todo ello en razón de la naturaleza especial del servicio público de salud.

Comenta que según los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el servicio de salud es público, cuya dirección, control y vigilancia corresponde al Estado, quien es el responsable de garantizar su prestación eficiente.

Alega que las citadas disposiciones constitucionales fueron desarrolladas en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, que prevé la facultad de intervención del Estado en la prestación del servicio de seguridad social en salud.

Estima que el artículo en comento le “confiere al Gobierno facultades necesarias para ejercer ese control y vigilancia sobre los servicios de salud, permitiéndole reglamentar la organización y funcionamiento de los mismos; facultades que derivan de la circunstancia que éstos, no constituyen una actividad económica ordinaria sino que buscan hacer parte del servicio público de salud en cuanto a su administración y prestación efectiva comporta riesgos sociales y el manejo de recursos fiscales y parafiscales en su atención” (fl. 89).



Considera que los afiliados beneficiarios del sistema de salud, se encuentran en una situación de vulnerabilidad ante las entidades encargadas de la prestación del servicio *“pudiendo estar expuestos a la negación del mismo, por la ausencia o mora en el pago por parte de las administradoras”* (fl. 89).

Comenta que el propósito de las normas demandadas es que se preste efectivamente el servicio y que los recursos que financian su prestación lleguen de forma oportuna a los prestadores y proveedores *“con sujeción a unas reglas que eviten la discrecionalidad en cuanto a su reconocimiento, con la consecuente afectación del servicio, que de no contar con estas reglas objetivas y claras determinarían que el mismo fuera prestado a los afiliados en forma adecuada y oportuna”* (fl. 89).

Anota que el Gobierno Nacional pretende asegurar un acceso efectivo a los servicios, lo que corresponde a una de las finalidades previstas en el artículo 334 de la Carta Política. Aduce que estas medidas no afectan el derecho a la libertad económica, pues el Estado delegó la prestación del servicio de salud en particulares, a través de la descentralización por colaboración, de modo que aquél puede fijar las reglas con sujeción a las cuales se presta el servicio.

Señala que el Gobierno Nacional al ejercer las funciones de regulación y control, debe establecer las reglas necesarias ante las eventuales deficiencias administrativas, para no generar riesgos que pongan en peligro la prestación del servicio de seguridad social.



ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En auto del 18 de mayo de 2007 (fl. 126) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, sin embargo las partes guardaron silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado en escrito visible a folios 128 a 138, solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda, en virtud de los siguientes razonamientos:

Expone que el Gobierno Nacional no excedió la facultad reglamentaria al expedir los artículos 9 y 11 del Decreto 3260 de 2004, toda vez que la Ley 812 de 2003 y el Decreto Ley 1281 de 2002, establecieron la facultad del Estado de intervenir en la prestación del servicio público de salud con el fin de dirigir, vigilar y controlar el mismo.

Afirma que por razones de eficiencia administrativa, se facultó a los particulares para que participaran en la prestación del servicio (art. 48, 49 y 365 de la CP), no obstante ésta debe realizarse con sujeción a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

Manifiesta que el Gobierno Nacional cuenta con la competencia para señalar las directrices de la organización de las empresas prestadoras de los servicios de salud, entre ellas, el establecimiento del reglamento básico para su funcionamiento y el régimen de sus obligaciones. Así al expedirse las normas demandadas, el Gobierno Nacional no actuó fuera de competencia.



Destaca que el Gobierno Nacional estaba facultado para expedir las normas demandadas, en virtud de los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución Política que *“lo dotó de las atribuciones necesarias para asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, manteniendo para ello la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”* (fl. 137).

Expresa que dicha conclusión se ratifica a partir de la lectura del artículo 154 de la Ley 100 de 1993 que dispone la intervención del Estado en el servicio de seguridad social en salud.

Indica que las normas demandadas solo regulan los términos y la forma en que se realizan unos pagos *“con lo cual no se quebranta propiamente la autonomía de la voluntad, y lo que además no riñe con los mandatos constitucionales”* (fl. 138).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Previa

Del control de legalidad de decretos derogados

Previo al análisis de legalidad de los artículos 9 y 11 del Decreto 3260 de 2004, la Sala advierte que estas normas fueron derogadas expresamente por el artículo 30 del Decreto 4747 de 2007 proferido por el Presidente de la República *“Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones”*.

No obstante, la derogatoria del decreto, como acto administrativo no inhibe al juez para que se pronuncie sobre su legalidad, pues según lo ha manifestado reiteradamente esta Corporación *“es suficiente que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso, para que la jurisdicción de lo contencioso ante una demanda en su contra deba pronunciarse sobre su legalidad”*². Igualmente en sentencia del 2 de noviembre de 2001 se consideró que:

*“El Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que la derogatoria de un acto administrativo o su decaimiento no significan que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pierda la competencia para decidir sobre su legalidad y declarar su nulidad, si es del caso. Durante la vigencia los actos administrativos de carácter general producen efectos, crean situaciones particulares y concretas y es posible que aún no estén consolidadas, por lo cual si con ese acto se vulneró el orden jurídico la única forma de restablecerlo a plenitud es con la declaratoria de nulidad, porque los efectos de tal declaración se remontan al momento de su entrada en vigencia, mientras que la derogatoria surte efectos hacia el futuro.”*³

En este orden, como la derogatoria de una norma no tiene efectos retroactivos, mientras que la declaratoria de nulidad sí, es posible efectuar el control de legalidad de un acto administrativo derogado a través de la acción de simple nulidad, por el tiempo en que tuvo efectos, en razón de las situaciones jurídicas particulares que se pudieron consolidar. En consecuencia se estudiará la legalidad de los artículos 9 y 11 del Decreto 3260 de 2004, aunque estén derogados.

De la cosa juzgada

² Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de septiembre de 1998, M.P. Dr. Julio Correa Restrepo, proceso con radicado No. 8727.

³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 2 de noviembre de 2001, M.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, proceso con radicado No. 11001-03-27-000-2001-0011-01(11857).



Observa la Sala que la Sección Tercera en fallo del 20 de febrero de 2008⁴ declaró la nulidad de las siguientes expresiones del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004 (solo los apartes resaltados):

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

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

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

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

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

b) No efectuar pronunciamiento alguno sobre la factura: En este evento se efectuará el pago del cincuenta (50%) del valor de la factura dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 20 de febrero de 2008, proferida en el proceso con radicado No. 11001-03-26-000-2006-00013-01 (32690).

los treinta (30) días iniciales. Si trascurrido el término de cuarenta (40) días calendario a partir de la radicación de la factura, no efectúa pronunciamiento alguno, deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) restante dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de este término;

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

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

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

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

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

Consideró la Sección Tercera que el numeral 2º y el parágrafo 2º del artículo 9º *ídem* tenían una connotación imperativa, según la cual las EPS y las ARS “solo pueden pactar (alcance supletivo restringido) plazos menores a los allí indicados, lo cual sin duda alguna, constituye un límite al ejercicio de la voluntad, habida cuenta que los prestadores del servicio de seguridad social en salud, no pueden en desarrollo de éste, pactar plazos superiores.”⁵

⁵ *Ídem*

Respecto del aparte anulado del numeral 3º *ídem* precisó la Sección Tercera que *“también se contiene un plazo para el pago, a más de un procedimiento, para el caso en que se formulen glosas por parte de las EPS y las ARS a las facturas presentadas por las IPS”, por ende “El establecimiento de un plazo (5 días calendario) para pagar los valores aceptados (previamente glosados) constituye también, en concordancia con el parágrafo 2 de la disposición cuestionada, un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad de los prestadores del servicio de seguridad social en salud, toda vez que en la práctica, estos, no pueden pactar un plazo superior.”*⁶

Por las anteriores consideraciones, en el fallo del 20 de febrero de 2008 se declaró la nulidad de los apartes subrayados del artículo 9º del Decreto 3260 de 2004, providencia en la cual se hicieron las siguientes precisiones sobre el servicio público de salud y la reserva legal para la intervención del Estado en la economía:

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

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

⁶ *Ídem*



usadas leyes (en un sentido formal) o actos normativos que detenten la fuerza de ésta.

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

Teniendo en cuenta que se trató de una nulidad parcial se precisará que frente a los apartes referidos de la norma se declarará la existencia de cosa juzgada al tenor de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 175 de la codificación contenciosa administrativa que señala: *“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada “erga omnes”.*”

En consecuencia de oficio se decretará la excepción de cosa juzgada (art. 164, inc. 2 CCA⁷) respecto de los apartes del artículo 9º del Decreto 3260 de 2004 que ya fueron anulados, por ende, esta Sala se estará a lo resuelto en la sentencia del 20 de febrero de 2008 y se procederá a estudiar la legalidad de los apartes del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004 cuya nulidad no se declaró.

Problema jurídico

⁷ **“ARTÍCULO 164.**En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. (...)”



Corresponde a la Sala determinar si ¿Existe reserva legal para la regulación de los plazos y condiciones contractuales desarrollados en los artículos 9 y 11 del Decreto 3260 del 2004 y por ende, si están viciados por exceso de la facultad reglamentaria?

Para desatar el problema jurídico planteado la Sala abordará los siguientes puntos:
i) La prestación del servicio de salud y ii) La libertad económica en la prestación del servicio de salud y la reserva legal.

i) La prestación del servicio de salud⁸

La Constitución Política prevé que el derecho a la salud es un servicio público a cargo del Estado, quien debe organizar, dirigir y reglamentar la prestación de este servicio siguiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. De igual manera indica la Carta que el Estado está facultado para establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por parte de entidades privadas (art. 49, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009).

Por otra parte, aunque los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado quien los puede prestar directamente, también se habilita para este fin a los particulares, sin embargo el Estado conserva la regulación, control y vigilancia de dichos servicios (art. 365 de la CP).

Así, si bien dicho servicio es público, los particulares colaboran en su prestación bajo el control y dirección del Estado *“conforme a los principios de eficiencia,*

⁸ En este punto se reitera lo expuesto en la sentencia del 4 de septiembre de 2014, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2010-00056-00 acumulado al 11001-03-25-000-2010-00056-00.



universalidad, solidaridad, progresividad, obligatoriedad, libertad de escogencia y sostenibilidad financiera, entre otros, en los términos que establezca la ley.”⁹

En este orden se observa que la prestación del servicio de salud, se enmarca en un esquema mixto, que no exonera al Estado de su deber de inspección, control y vigilancia frente a la calidad y eficiencia en su prestación, pues la participación de personas de derecho privado, no excluye el carácter público del derecho a la salud.

Como se expuso anteriormente la prestación del servicio de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud se instaló en un modelo de libertad económica regulada, en el que concurren agentes privados y públicos. Sin embargo, la participación de los agentes privados no implica que la búsqueda del beneficio económico predomine sobre la garantía de la efectiva prestación del servicio de salud, sobre todo en el régimen subsidiado donde los recursos son públicos y los beneficiarios son los sectores más vulnerables de la población.

En este orden, se considera que aunque en el modelo establecido en la Ley 100 de 1993 se permite la libre concurrencia entre actores públicos y privados, para la prestación del servicio de salud, el Estado está plenamente habilitado para intervenir con el propósito de garantizar la efectiva prestación del servicio. Ahora bien para que dichas medidas de intervención sean válidas a la luz de la Carta Política, se requiere efectuar *“un balance entre valores y principios que concurren en el SGSSS, como son la libertad de empresa, la libre competencia económica, la prestación eficiente del servicio y el interés común representado en la sostenibilidad financiera de las instituciones que conforman la red pública.”¹⁰*

ii) La libertad económica en la prestación del servicio de salud y la reserva legal.

⁹ Sentencia T-797/08 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

¹⁰ C- 869-2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Como se explicó anteriormente en la prestación del servicio público de salud, la Constitución Política prevé que el Estado puede asumirlo directamente o delegarlo en los particulares, caso en el cual se garantiza el principio de libertad económica, no obstante el Estado conserva la facultad de intervenir para garantizar que la prestación del servicio sea eficiente.

En este sentido, la Corte Constitucional señala que como en la prestación del servicio público de salud, la Constitución Política posibilitó la participación de agentes privados, por ello *“debe existir la libre competencia y el Estado debe velar porque no se presente obstáculos o limitaciones a la concurrencia de los sujetos económicos por la conquista del mercado; y sí estas existen deben ser iguales para todas las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad de prestar el servicio.”*¹¹

En lo atinente a la intervención del Estado cuando se trata del servicio público de salud, ha dicho la Corte Constitucional que *“es intensa, se desarrolla al amparo de los postulados del Estado Social de Derecho y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica (CP arts. 150 ord. 21, 333 y 334), sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (CP art. 26) la intervención del Estado en los servicios públicos en general (CP art. 365) y la atención de la salud en particular (CP arts. 48, 49).”*¹²

Igualmente, la Corte indicó en la sentencia C-615 de 2002 que existen límites constitucionales para intervenir en el modelo de concurrencia de las empresas públicas y privadas en la prestación de un servicio público como el de salud¹³, así:

¹¹ C-616-2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹² C-616-2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹³ Estos límites han sido reiterados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en las sentencias C-974/02 y C-955/07.

*“Como se dijo arriba, esa intervención no puede ser tan intensa que en realidad llegue eliminar radicalmente el esquema de mercado libre que mantiene la ley (pues si lo elimina cae en el extremo de estatización de la actividad que impone indemnización a los particulares que lícitamente la ejercían), por lo cual debe respetar ciertos límites que, con base en la Constitución, han sido señalados por esta Corporación. Estos límites, como se recuerda, indican: i) **que tal intervención sólo puede adelantarse mediante ley**; ii) que no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) que debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación; iv) que debe obedecer al principio de solidaridad; y, v) que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”¹⁴* (Subrayado por la Sala).

En este orden, es claro que la intervención del Estado para limitar la libertad económica en la prestación del servicio público de salud, se debe realizar por ministerio de la ley. Esta reserva legal encuentra su fundamento en el numeral 20 del artículo 150 de la Constitución Política que prevé como función del Congreso *“Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.”* A su vez el artículo 334 de la Carta Política señala que *“(…) La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. (...)”* Igualmente el artículo 333 indica que *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.”*

Ahora bien, en lo que toca con la competencia del poder ejecutivo a través de la potestad reglamentaria y las temas que debe regular la ley, en la prestación del

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

servicio de salud, la Corte en la sentencia C-1041 de 2007¹⁵, señaló que en un Estado Social de Derecho, las limitaciones a las libertades públicas solo pueden provenir del legislador y que la competencia del ejecutivo a través de la facultad reglamentaria, es una función técnica consistente en asegurar la ejecución de las leyes, así:

“6.2. El examen de constitucionalidad del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

“La Corte debe determinar si el inciso 2º del mismo artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 desconoce al principio de reserva de ley (arts. 150, 152, 189-11 y 333 C.P.), al señalar que el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones de competencia del sector salud para evitar el abuso de posición dominante o los conflictos de interés. Para el efecto, será necesario hacer referencia al principio de reserva de ley y establecer si en materia de prestación del servicio de salud, la regulación de las condiciones de competencia del mercado con fines de interdicción del abuso de posición dominante y de conflictos de interés, es un asunto exclusivo del legislador o admite su ordenación por parte del Gobierno Nacional a través de decretos reglamentarios.

Al respecto, la Corte advierte que se está ante una tensión entre los ámbitos mínimos de regulación legislativa y los espacios posibles de ordenación reglamentaria. Se plantea pues el siguiente interrogante: ¿Qué tanto de una materia forma parte de la reserva de ley y hasta dónde puede ser reglamentada por el Gobierno?

Si bien la Constitución Política no trae una regla general para resolver estos interrogantes y la respuesta no podría revestir la misma intensidad en todos los casos, dada la multiplicidad de materias que son objeto de regulación y frente a las cuales se pueden dar razones más o menos fuertes, dependiendo del tipo de intereses en conflicto, para exigir en mayor grado

¹⁵ En la que se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007

la intervención de la Ley y no del Reglamento y viceversa, la solución a estos cuestionamientos tiene que ver directamente con el modelo del Estado Social de Derecho, la relación que uno y otro tipo de actos tiene con las libertades ciudadanas y la función que cumplen en la configuración de los contenidos normativos que rigen una materia.

El principio de reserva de ley como elemento esencial del Estado Social de Derecho tiene una significación especial en el ámbito de las potestades públicas de regulación de los derechos y libertades ciudadanas. Por tanto, es determinante al momento de establecer el reparto de competencias entre la Ley y el Reglamento, en orden a excluir cualquier restricción de las libertades públicas que no tenga origen en la decisión del legislador como órgano máximo de representación ciudadana. En la medida que el Estado Social de Derecho se funda en la primacía de libertad y de la igualdad (art.13 C.P.), exige necesariamente que allí donde constitucionalmente sea indispensable introducir limitaciones a su ejercicio, deba mediar la participación del legislador como garante de representatividad y de la existencia de un debate democrático previo que legitime la exigibilidad, universalidad y reciprocidad de toda regla de conducta que restrinja el desarrollo de las libertades ciudadanas.

Se puede afirmar entonces que la Constitución no reserva para el Reglamento una facultad de intervención directa en el ámbito de las libertades públicas, en cuanto su función está delimitada y subordinada a la necesidad de asegurar la “cumplida ejecución de las leyes” (art. 198-11). Por tanto, la exigencia de una ley como elemento de base para el ejercicio de la potestad reglamentaria, asegura el modelo de participación democrática e impide que el Ejecutivo, vía reglamentaria, pueda configurar el contenido de las libertades públicas y determinar autónomamente aquello que pueden o no pueden hacer los ciudadanos.

De esta forma, el principio de reserva legal marca un límite en la actividad reglamentaria, de manera que aquél espacio que la Constitución ha reservado a la ley no puede ser ocupado por normas de inferior jerarquía que no tienen la legitimación propia de las decisiones adoptadas por el

legislador. **Sin embargo, ello no determina que la potestad reglamentaria carezca de importancia o que su papel sea irrelevante en la configuración de los contenidos normativos que rigen una materia. Sólo que la función que cumple en el marco del Estado Social de Derecho es diferente al de la Ley. Mientras ésta tiene por esencia un contenido político y un fundamento democrático, y dentro del contexto de los derechos y garantías constitucionales, un poder creador o innovador de las relaciones jurídicas y de los contenidos normativos que habrán de regir el comportamiento social, el Reglamento tiene una orientación esencialmente técnica y un propósito “aplicativo” o de “ejecución” de aquellas decisiones políticas originadas en la voluntad general.** La importancia del Reglamento en el orden constitucional está entonces en la garantía de una correcta y “cumplida ejecución de la ley”, lo cual es especialmente relevante en aquellas materias que requieren de actualización permanente y altos estándares de eficiencia y eficacia técnica, que corresponden más claramente a la naturaleza misma de la función “administrativa”¹⁶.¹⁷ (Subrayado por la Sala).

¹⁶ Por ello, esta Corporación, en sentencia C-805 de 2001, señaló que sin desconocer la exigencia de una ley previa como presupuesto necesario para el ejercicio de la potestad reglamentaria, ésta es un derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República, que no requiere para su ejercicio de autorización o mandato legal:

“La potestad reglamentaria, o el poder reglamentario, es un derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República como autoridad administrativa, para dictar las normas de carácter general que son necesarias para la correcta ejecución de la ley. Por consiguiente, esta atribución no necesita de norma legal expresa que la conceda, pero su ejercicio se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos.

Ahora bien, la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley. Sin embargo, esta facultad no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la Ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador”.

¹⁷ C-1041 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.



En este orden de ideas, concluye la Sala que para limitar el derecho a la libertad económica de los prestadores de los servicios de salud, en un modelo mixto, en el que intervienen agentes públicos y privados, solo el legislador como depositario de la voluntad del constituyente primario puede restringir el ejercicio de libertades públicas, como la libertad económica y la función del reglamento, se limita a ejecutar la ley, sin ir más allá de lo dispuesto por ella.

Del caso en concreto

En el asunto bajo estudio corresponde a la Sala determinar si el Gobierno Nacional excedió el ejercicio de la facultad reglamentaria al expedir los artículos 9 (en este punto se precisa que el análisis se realizará respecto de los apartes que no fueron anulados en la sentencia del 20 de febrero de 2008) y 11 del Decreto reglamentario 3260 de 2004 *“Por el cual se adoptan medidas para optimizar el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*.

Como fundamento de la solicitud de nulidad, el accionante indica que i) las normas acusadas violaron la reserva legal al limitar el ejercicio de la libertad económica de las EPS, ARS e IPS, con la reglamentación del trámite para los pagos en los contratos por conjunto integral de atención (art. 9) y por prestación de servicios por capitación (art. 11); ii) igualmente indica la parte actora que las normas acusadas violaron el derecho a un trato igual frente a los Fondos de Pensiones y a las Empresas Sociales del Estado y iii) finalmente señala que dichas normas desconocieron la regulación civil y comercial sobre los plazos, formas y lugares del pago de las obligaciones.

Para desatar el problema jurídico planteado en la demanda, la Sala destaca en primera medida que se pronunciará sobre los apartes que no fueron anulados¹⁸ del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004, que indican:

“Artículo 9°. Reglas para el pago en los contratos por conjunto integral de atención, pago por evento u otras modalidades diferentes a la capitación en regímenes contributivo y subsidiado.

En los contratos donde se pacte una modalidad de pago diferente a la capitación, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, las EPS o ARS y las IPS se sujetarán al siguiente procedimiento de trámite y pago de las cuentas:

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

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

2. (Declarado nulo)

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

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

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 20 de febrero de 2008, proferida en el proceso con radicado No. 11001-03-26-000-2006-00013-01 (32690).

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

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

Parágrafo 2º. *(Declarado nulo)”*

A su vez, el artículo 11 del Decreto 3260 de 2004, también demandado, señala:

Artículo 11. *Pagos por capitación en los regímenes contributivo y subsidiado. Cuando se trate de contratos de prestación de servicios por capitación tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, las EPS y ARS pagarán dentro de los diez (10) primeros días hábiles de cada mes a las instituciones prestadoras de servicios de salud, el valor mensual correspondiente, sin perjuicio de los ajustes posteriores por concepto de novedades, los cuales se harán en el siguiente pago o a más tardar en el momento de la liquidación de los respectivos contratos.*

Ahora bien, para abordar **al primer aspecto** alegado en la demanda, relativo a la presunta violación de la reserva legal por parte del Gobierno Nacional, al expedir las normas acusadas, pues en criterio del actor, los artículos 9 y 11 del decreto demandado, limitan el ejercicio del derecho a la libertad económica de las EPS, ARS e IPS; se indica en primera medida que en la prestación del servicio público de salud, nuestro modelo constitucional, permite que agentes públicos y particulares sean prestadores del servicio en el marco de una libertad económica regulada, bajo la regulación, inspección y control del Estado (arts. 49¹⁹ y 365²⁰ de la CP).

¹⁹ “**ARTICULO 49.** 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,

Así el Estado está ampliamente facultado para intervenir en la prestación del servicio de salud, sin embargo debe someterse a los condicionamientos que la misma Constitución establece, entre ellos, la reserva legal prevista en el numeral 20 del artículo 150 y los artículos 333 y 334. Esto es, que los límites al ejercicio de la libertad económica en la prestación del servicio público de salud, deben ser impuestos por la ley.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional, principalmente en la sentencia C-615 de 2002, *“por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto*

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 la de su comunidad.(...)”

²⁰ **“ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”



Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de servicios de educación y salud, entre otros”, que declaró la inexecutable de los siguientes apartes del artículo 65 de la Ley 715 de 2001:

“Artículo 65 Planes bienales de inversiones en salud. Las secretarías de salud departamentales y distritales prepararán cada dos años un plan bienal de inversiones públicas y privadas en salud, en el cual se incluirán las destinadas a infraestructura, dotación o equipos biomédicos que el Ministerio de Salud determine que sean de control especial.

Estos planes se iniciarán con la elaboración de un inventario completo sobre la oferta existente en la respectiva red, y deberán presentarse a los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud. Los Planes bienales deberán contar con la aprobación del Ministerio de Salud, para que se pueda iniciar cualquier obra o proceso de adquisición de bienes o servicios contemplados en ellos.

No podrán realizarse inversiones en infraestructura, dotación o equipos, que no se encuentren en el plan bienal de inversiones en salud. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la institución pública que realice inversiones por fuera del plan bienal, no podrá financiar con recursos del Sistema General de Participaciones el costo de la inversión o el de operación y funcionamiento de los nuevos servicios. Cuando las instituciones privadas realicen inversiones por fuera del plan bienal, no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El plan bienal de inversiones definirá la infraestructura y equipos necesarios en las áreas que el Ministerio de Salud defina como de control de oferta. Las instituciones públicas o privadas que realicen inversiones en estas áreas no previstas en el plan bienal, serán sancionadas. Los gerentes y las juntas directivas de las instituciones públicas podrán ser destituidos por mala conducta y las instituciones privadas no podrán

ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud."

La Corte, en esta sentencia se planteó como problema jurídico *"si las facultades de intervención del Estado en la economía, especialmente en la actividad de prestación del servicio público de salud, pueden ir tan lejos como para que el legislador determine, sin señalar expresamente una justificación, que las secretarías de salud departamentales y distritales deben preparar cada dos años planes bienales de inversiones en salud aplicables a los sectores público y privado, y que consagre sanciones para las instituciones privadas que realicen inversiones por fuera de tales planes, señalando que en ese caso no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud."*

Para resolver el anterior planteamiento, la Corte estudió el *"sistema de seguridad social en salud y a su vinculación a la satisfacción de necesidades básicas de la población y la efectividad de los derechos fundamentales, así como a las libertades de empresa y de competencia y a los límites de la facultad de libre configuración legislativa en materia de intervención económica, específicamente en el materia del servicio público de salud."*

Ahora bien, en este marco, la Corte señala cuáles son los límites a la facultad del Estado para intervenir en la prestación del servicio de salud, entre ellos, al necesidad de una norma de rango legal, así: *"Estos límites, como se recuerda, indican: i) que tal intervención sólo puede adelantarse mediante ley; ii) que no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) que debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación; iv) que debe obedecer al principio de solidaridad; y, v) que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad."*²¹

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

También considera pertinente la Sala, resaltar que en la sentencia C-675 de 2008²², la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, abordó el derecho a la libertad económica de las EPS frente a la intervención del Estado en la economía y en concreto, respecto de la limitación de la autonomía de las partes EPS e IPS en los contratos, aclarando que en este caso, la intervención del Estado, es de un nivel alto de intensidad, con lo cual se reduce el margen de libertad de las partes, pues está de por medio, la garantía para los usuarios de la prestación del derecho a la seguridad social en salud, en efecto la Corte consideró que dichas medidas eran necesarias pues uno de los objetivos de la reforma a la salud, era garantizar el flujo de recursos en el sistema, a través del establecimiento de unos plazos para los pagos, normas que tuvieron que expedirse frente al incumplimiento contractual de las EPS, hecho que afectaba la prestación del servicio de salud.

En efecto se resaltan las siguientes consideraciones del citado fallo:

“Los cargos de constitucionalidad que la Corte puede estudiar se reducen a dos: la afectación del núcleo esencial de la libertad de empresa y el incumplimiento de los mandatos contenidos en los artículos 333 y 150-21 de la Carta, según los cuales toda intervención del Estado en las actividades empresariales que operan dentro del sector salud, debe establecer claramente la finalidad y los límites de la misma, y debe resultar razonable y proporcionada en los términos que han sido mencionados en un aparte anterior de esta decisión. Procede la Corte a estudiar estas cuestiones.

Se pregunta la Corte si la disposición demandada vulnera el núcleo esencial de la libertad de empresa de las Empresas Promotoras de Salud. Para que ello fuera así, sería necesario que la norma impidiera hasta tal punto la actividad empresarial de estas entidades aseguradoras, que las hiciera irreconocibles. Nada de esto queda demostrado en la demanda.

²² M.P. Jaime Córdoba Triviño

(...)

Ahora bien, pasa a estudiar la Corte los cargos relacionados con la vulneración de los artículos 150, numeral 21 y 333 de la Carta, según los cuales el Congreso no fijó los fines de la intervención, ni respetó los principios de razonabilidad y proporcionalidad que debe guiar toda intervención del legislador en las actividades privadas, incluso, en aquellas que se surten dentro del sector de la salud.

(...)

Como ya lo ha indicado la Corte²³, el artículo 1 de la Ley 1122 de 2007, claramente indicó el objeto de la reforma, señalando lo siguiente: “La presente ley tiene como objeto realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en 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, 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”.

En particular, la norma parcialmente demandada tiene la finalidad de reformar algunos aspectos del régimen de salud para equilibrar los actores del sistema, racionalizar y mejorar la prestación de servicios de salud. En efecto, según el diagnóstico que se presenta en el debate legislativo del proyecto de ley y que se cita ampliamente en las intervenciones reseñadas en el presente proceso, resultaba necesario establecer plazos fijos para asegurar el giro oportuno de los recursos de las EPS a las IPS, dado que la dilación de estos pagos amenazaba la viabilidad financiera de algunas IPS y la prestación adecuada y oportuna del servicio. Al respecto, en la exposición de motivos se afirmó claramente que la intención de la ley era lograr la agilización y protección del flujo de recursos de las EPS a las IPS. Como lo mencionan el demandante y el Ministerio de protección

²³ C-260 de 2008.

Social, en el debate legislativo la finalidad de la medida era exactamente la mencionada, al señalar:

“[...] Con este proyecto de ley buscamos brindar un mayor flujo de capital a las instituciones prestadoras de servicio público (hospitales), que se han visto ahogadas por las difíciles circunstancias de su cartera. Garantizando de esta manera que si el hospital es bien gerenciado pueda lograr autosostenerse dentro de un equilibrio financiero.”²⁴

Recuerda el Ministerio que las encuestas que continuamente realiza la Asociación de Clínicas y Hospitales reflejan la situación que la norma intentó corregir.²⁵ El porcentaje de IPS que considera que las EPS efectúan los pagos de acuerdo con lo pactado oscila en un 50%. Es decir, la morosidad continúa cercana a la mitad de la cartera²⁶, que en cualquier escenario de suministro de bienes y servicios resulta exagerado y genera crisis, sin contar con las glosas que se formulan. La última de las encuestas realizadas indica que, según las IPS, se realizan los pagos conforme a lo acordado en un 49,94%²⁷. El porcentaje restante está asociado al cumplimiento esporádico (alguna vez, 28,49%) y a un continuo incumplimiento (21,57%). Ahora bien, aunque la encuesta no profundiza sobre ello, la forma de pago, librada a la voluntad de la EPS, puede no estar acorde con la racionalidad en la prestación del servicio, las expectativas de las IPS y generar lapsos grandes de pago

Dadas las circunstancias señaladas, el Ministerio indica que la norma persigue, entre otras, la finalidad de mejorar los flujos de recursos

²⁴ Proyecto de Ley número 026/06 (S), por la cual se dictan normas para el fortalecimiento de las instituciones prestadoras de servicios de carácter público (IPS) de la red hospitalaria nacional y se dictan otras disposiciones. Gaceta 246 del 25 de julio de 2006, páginas 9 a 11. Se resalta.

²⁵ Se pueden consultar las siguientes Revistas HOSPITALARIA año 6 n° 40, marzo-abril 2005, año 7 n° 47, mayo-junio 2006; año 8 n° 53, mayo-junio 2007.

²⁶ Segunda Evaluación de la agenda pendiente, Juan Carlos Giraldo Valencia, Revista HOSPITALARIA año 8 n° 50, noviembre-diciembre 2006, pág. 4.

²⁷ En Revista HOSPITALARIA año 8 n° 53, mayo-junio 2007, pág. 12.

dentro del sistema y con ello generar mejores condiciones para la prestación del servicio y desestimular tanto la limitación en el acceso a los servicios como la adopción de seguros alternativos para poder satisfacer las necesidades en materia de salud. Adicionalmente, persigue mejorar la autonomía de la IPS tanto a nivel organizacional como científico y fortalecer el profesionalismo médico y su carácter científico. En suma, para el Ministerio, la medida persigue un mejor funcionamiento del sistema de seguridad social en salud pues, la garantía del flujo oportuno y cierto de recursos hacia el cometido para el cual fueron destinados, genera, en su conjunto, un efecto benéfico en la prestación del servicio de salud.

Todas las finalidades mencionadas son no sólo deseables sino imperativas. En efecto, la Constitución le impone al legislador adoptar todas las medidas que resulten conducentes para mejorar el acceso y la calidad de los servicios de salud. En este sentido, la norma hace parte de una ley que introduce una reforma más estructural al sector salud, con el objetivo de mejorar la prestación de los servicios a los usuarios del sistema (artículo 1 de la Ley 1122 de 2007). Este no es sólo un motivo suficiente para que el estado intervenga, sino que es un fin del Estado (artículo 2 de la Constitución²⁸) y una obligación en el ámbito de la salud (artículo 49²⁹ y 365³⁰ de la Constitución)³¹. En consecuencia, como ya se mencionó, la finalidad de la disposición no sólo es legítima, sino que resulta acorde con los principios de

²⁸ Artículo 2 de la Constitución: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (...)”

²⁹ Artículo 49 de la Constitución: “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. (...)”

³⁰ Artículo 365 de la Constitución: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (...)”

³¹ C-260 de 2008



eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en la Carta y con la protección del derecho a la salud (CN art.49).

La pregunta que resta a la Corte es si la medida estudiada es idónea para alcanzar la finalidad perseguida, es decir, para lograr el adecuado flujo de los recursos de las EPS a las IPS de forma tal que éstas cuenten con los recursos para poder prestar adecuadamente los servicios a su cargo.

Sin duda la disposición es útil para alcanzar esta finalidad, pues obliga a las EPS a girar oportunamente los recursos sin que le resulte permitido dilatar el pago o definir contractualmente plazos que puedan afectar la prestación adecuada del servicio o comprometer la libre competencia entre las distintas instituciones prestadoras.

(...)

Los argumentos expuestos en el aparte transcrito se predicán integralmente del literal demandado pues, como se indicó, no hay duda de que todas las disposiciones contenidas en dicho literal conducen al oportuno flujo de los recursos de la EPS a la IPS, que es la finalidad que el legislador encontró relevante satisfacer, y que no hay prueba de que ello suponga un sacrificio del contenido constitucional irreductible del derecho a la libertad de empresa.”

Establecido entonces, cómo opera la reserva legal, siendo ésta un límite a la facultad de intervención del Estado en la prestación del servicio de salud por parte de las EPS, IPS y ARS, es procedente determinar, por consiguiente cuál es el margen de regulación del Gobierno Nacional, a través de la facultad reglamentaria, toda vez que las normas demandadas, fueron expedidas con fundamento en ésta.

En este punto, se tiene en cuenta que la Constitución Política faculta al Presidente como jefe de gobierno para dar cumplida ejecución a las leyes, a través de la

expedición de actos administrativos de carácter general (num. 11 art. 189), esta función administrativa se materializa en la expedición de un reglamento que “*tiene una orientación esencialmente técnica*”³² frente a materias que “*requieren de actualización permanente y altos estándares de eficiencia y eficacia técnica*”³³

Descendiendo al análisis de legalidad propuesto en la demanda, se tiene que el **artículo 9 del Decreto 3260 de 2004**, al desarrollar el pago en los contratos por conjunto integral de atención³⁴, pago por evento³⁵ y otras modalidades donde se pacte una modalidad diferente a la capitación³⁶ (incs. 1º y 2º), trata los siguientes aspectos:

³² C-1041 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto

³³ *Idém.*

³⁴ **Pago por caso, conjunto integral de atenciones, paquete o grupo relacionado por diagnóstico** “Mecanismo mediante el cual se pagan conjuntos de actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos, prestados o suministrados a un paciente, ligados a un evento en salud, diagnóstico o grupo relacionado por diagnóstico. La unidad de pago la constituye cada caso, conjunto, paquete de servicios prestados, o grupo relacionado por diagnóstico, con unas tarifas pactadas previamente.” (Decreto 4747 de 2007, art. 4, lit. c).

³⁵ El Decreto 4747 de 2007 define el **pago por evento** “Mecanismo en el cual el pago se realiza por las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos prestados o suministrados a un paciente durante un período determinado y ligado a un evento de atención en salud. La unidad de pago la constituye cada actividad, procedimiento, intervención, insumo o medicamento prestado o suministrado, con unas tarifas pactadas previamente.” (art. 4, lit. b *ídem*).

³⁶ Finalmente define el **pago por capitación** como un “Pago anticipado de una suma fija que se hace por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecido. La unidad de pago está constituida por una tarifa pactada previamente, en función del número de personas que tendrían derecho a ser atendidas.” (art. 4, lit. a *ídem*).

- i) El plazo mínimo en el que las ARS y EPS deben recibir las facturas de parte de las IPS e indica que aquéllas no pueden establecer requisitos adicionales a los allí previstos para la radicación y presentación de las facturas (num. 1).
- ii) El plazo para las IPS respondan las glosas formuladas por las ARS o EPS (num. 3).
- iii) Cuando existan glosas definitivas la posibilidad que las partes acudan a los medios contractuales o legales para definir la controversia (num. 4).
- iv) Las IPS no tienen el derecho establecido en el numeral 2° (que fue declarado nulo en sentencia del 20 de febrero de 2008), cuando las EPS o ARS hayan glosado en los últimos seis meses más del 50% del valor de las facturas (pár. 1°)

Visto lo anterior, la Sala destaca que **los incisos 1 y 2 del artículo 9**, introducen el contenido del artículo y enuncian el tema objeto de regulación, consistente en las reglas para el pago en los contratos descritos en la norma³⁷ entre las EPS, ARS e IPS, en este sentido, considera la Sala que el Gobierno Nacional está facultado a través de la potestad reglamentaria, para garantizar la efectividad en la prestación del servicio público de salud a través del desarrollo de aspectos técnicos y operativos, pues aunque se esté en un esquema que permite la participación de prestadores particulares y públicos, que actúan en un marco de libertad económica, ante las deficiencias y retardos en el cumplimiento de las obligaciones contractuales entre los prestadores de los servicios de salud, el Gobierno Nacional debe actuar

³⁷ Contratos por conjunto integral de atención, pago por evento u otras modalidades diferentes a la capitación en regímenes contributivo y subsidiado. En los contratos donde se pacte una modalidad de pago diferente a la capitación.

para que no se vea afectado el usuario, ante la falta de prestación del servicio por el eventual incumplimiento contractual de los prestadores.

A este respecto se resalta que en la sentencia C-675 2008, la Corte transcribe un aparte de la exposición de motivos de la Ley 1122 de 2007, donde se citó la Revista Hospitalaria No. 50, en la edición noviembre – diciembre de 2006, según la cual, las IPS consideraban que existía una mora del 50% en los pagos por parte de las EPS. Estas situaciones como lo indica la Corte en el referido fallo, amenazan la viabilidad financiera de las IPS y la adecuada prestación del servicio de salud.

Para hacer frente a estas deficiencias del sistema, nuestro orden jurídico prevé diferentes herramientas, en este sentido, el artículo 49³⁸ de la Carta Política indica que corresponde al Estado *“establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control”*, este mandato se encuentra desarrollado en el literal g) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993, por el cual se establece que el Estado debe intervenir en la prestación del servicio público de seguridad social en salud para *“Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes”*, norma que se debe leer en armonía con el literal a) del artículo 156 *ídem* que indica como característica básica del sistema general de seguridad social en salud que *“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”*.

Así, en virtud que el Gobierno Nacional está facultado para regular y vigilar el servicio público de salud (art. 156 Ley 100 de 1993), en esta medida, no advierte la Sala que estén viciados de nulidad, por violación de la reserva legal, los incisos 1º y 2º del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004, pues como éstos enuncian que regulan las reglas para el pago en los contratos por conjunto integral de atención, pago por evento u otras modalidades diferentes a la capitación, se observa que el contenido

³⁸ Modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009.



de la norma toca con aspectos técnicos que propenden por la eficiencia administrativa, como se abordará más adelante, al estudiar cada numeral.

Precisa en este sentido, que si bien la potestad reglamentaria está limitada por los asuntos que competen exclusivamente al legislador, sea porque éste se los ha reservado o porque la Constitución así lo dispone, tiene el efecto de dar cumplida ejecución a la ley, en lo que ella no ha detallado, o de conformidad con el cambio de circunstancias, de modo que esta función del Presidente, implica un ejercicio inagotable que no tiene plazo.

Así, se determina en punto de los incisos 1º y 2º del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004, que no violan la reserva legal pues los temas regulados por éstos son de orden operativo y técnico, que no tocan con el núcleo del derecho a la libertad económica de las EPS, ARS o IPS.

Ahora bien, frente **al numeral 1º** del artículo 9º *ídem*, sus dos incisos se estudiarán de forma separada, así:

En lo que respecta al inciso 1º del numeral 1º del artículo 9 *ídem*, observa la Sala que la regulación del plazo mínimo para la presentación de las facturas ante las EPS o ARS ya estaba prevista en el artículo 7 del Decreto Ley 1281 de 2002 (norma reglamentada según el encabezado del decreto demandado), en los siguientes términos:

“Artículo 7º. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.



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

En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias. (Subrayado por la Sala).

En efecto, esta norma señala que el plazo máximo es de seis meses, a partir de la prestación del servicio, en consecuencia el plazo mínimo para el Decreto Ley, corre a partir de la prestación del servicio, mientras que según la norma reglamentaria las facturas deben radicarse como mínimo durante los 20 primeros días calendario, del mes siguiente al que se prestaron los servicios, en consecuencia el primer inciso del numeral 1° del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004, al pretender modificar el inciso 4° del artículo 7° del Decreto Ley 1281 de 2002, está viciado de nulidad.

Ahora, frente al segundo inciso del numeral 1° del artículo 9 del decreto demandado, se observa que solamente está desarrollando lo previsto por el inciso 1° del artículo



7° del Decreto Ley 1281 de 2002³⁹, relativo a que las EPS o ARS para la radicación de las facturas por parte de las IPS no pueden exigir requisitos diferentes a *“a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.”* En este orden considera la Sala que este inciso no incurre en vicio alguno, por lo que no hay lugar a su anulación.

Respecto al **numeral 3⁴⁰**, considera la Sala que, en tanto indica el plazo para que las IPS respondan las glosas formuladas por las ARS o EPS está definiendo aspectos técnicos. En consecuencia, no estima la Sala que limite la autonomía de las partes de acordar las condiciones para el cumplimiento de sus obligaciones, sino que se circunscribe a indicar el término en el que deben responderse las glosas formuladas por las EPS o ARS a las IPS, por ende es tema técnico cuya regulación corresponde al Gobierno Nacional a través de la facultad reglamentaria, la que tiene como propósito en el presente caso, tal y como lo anuncia el encabezado del Decreto 3260 de 2004 optimizar el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de modo que no procede la declaratoria de nulidad.

Por otra parte, respecto del **numeral 4**, relativo a la posibilidad de acudir a los medios legales o contractuales para definir las controversias que surjan del cumplimiento de los pagos, se considera que este precepto normativo no contiene ninguna limitación a la libertad económica, así como tampoco prescribe una orden

³⁹ **“Artículo 7°. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud.** Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios. (...)”

⁴⁰ Se aclara que aquí no se estudia el aparte anulado por la sentencia de la Sección Tercera del 20 de febrero de 2008, que indicaba *“proceder al pago de los valores que acepta”* frente al que se declarará la existencia de cosa juzgada

por parte del Gobierno Nacional a las EPS, IPS o ARS, sino que solo contiene una descripción de las opciones de los contratantes en caso de controversia. Por tanto tampoco está viciado de nulidad.

En lo que concierne **al párrafo 1º**, como señala que *“Las IPS no tendrán derecho a la aplicación del literal b) del presente artículo, cuando la EPS o ARS haya formulado glosas que en el promedio de los últimos seis (6) meses superen el cincuenta por ciento”*, para comprenderlo en el contexto en que se expidió hay que remitirse al literal b) del numeral 2 –anulado⁴¹– que indicaba *“2. Las ARS o EPS contarán con treinta (30) días calendario contados a partir de la presentación de la factura para adoptar uno de los siguientes comportamientos que generarán los correspondientes efectos aquí descritos: (...) b) No efectuar pronunciamiento alguno sobre la factura: En este evento se efectuará el pago del cincuenta (50%) del valor de la factura dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de los treinta (30) días iniciales. Si transcurrido el término de cuarenta (40) días calendario a partir de la radicación de la factura, no efectúa pronunciamiento alguno, deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) restante dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de este término;*

Sin embargo, como todo el numeral 2º (que incluye el literal b) fue anulado en la sentencia del 20 de febrero de 2008, dictada por la Sección Tercera de esta Corporación, y los efectos de la declaratoria de nulidad son retroactivos, el párrafo 1º perdió su objeto, en el entendido que ha desaparecido la consecuencia jurídica que éste preveía, esto es, el derecho de la IPS a beneficiarse de la aplicación del literal b). En este orden, la norma ya no tiene una sanción contra la IPS, a las que las EPS o las ARS les glosaron más del 50% del valor de las facturas

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 20 de febrero de 2008, proferida en el proceso con radicado No. 11001-03-26-000-2006-00013-01 (32690)



en los últimos seis meses, en consecuencia, la norma no incurre en una violación de la reserva legal toda vez que no afecta la libertad económica de las partes contratantes.

Finalmente, respecto del **artículo 11** del decreto demandado, el cual reglamenta el procedimiento para el pago en los contratos de prestación de servicios por capitación, en el régimen contributivo y el subsidiado, al indicar que las EPS y ARS deben pagar en los 10 primeros días hábiles de cada mes a las IPS; reitera la Sala, los argumentos expuestos para negar la nulidad de los incisos 1º y 2º del artículo 9º del decreto acusado.

Considera así la Sala que aunque en la prestación del servicio público de salud, hay que garantizar la libertad económica de los prestadores, el Estado también tiene que propender por la protección de los recursos destinados a la prestación de dicho servicio, y sobre todo, debe vigilar y controlar que los usuarios del sistema de seguridad social en salud disfruten de forma oportuna del servicio. En este sentido la Ley 100 de 1993 en el literal c) del artículo 154 precisa que el Estado debe *“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”*, e igualmente, en punto del Gobierno Nacional, el literal a) del artículo 156 ídem señala que éste *“dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el sistema general de seguridad social en salud”*.

Estas obligaciones del Estado lo facultan para que a través del Gobierno Nacional desarrollo mediante la facultad reglamentaria regule aspectos técnicos de la prestación del servicio público de salud, que son indispensables para garantizar la



vida (preámbulo de la CP) 7 la dignidad humana, como principios de un Estado Social de Derecho (art. 1 de la CP).

Visto lo anterior, tampoco procede la declaratoria de nulidad del artículo 11 del Decreto 3260 de 2004, pues como viene de explicarse, el Gobierno Nacional está facultado para regular los temas operacionales del servicio público de salud con el fin de garantizar la adecuada prestación a los usuarios, quienes no son parte, en la relación contractual en las EPS, ARS e IPS, y no obstante en caso de deficiencias administrativas, son quienes se ven más afectados por el retardo o ausencia en la prestación del servicio de salud.

En este orden de ideas, a modo de conclusión frente al primer cargo, la Sala negará la nulidad de los incisos 1º y 2º, el inciso 2º del numeral 1º, el numeral 3º, el numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 9 y el artículo 11 del Decreto 3260 de 2004, y declarará la nulidad del inciso 1º del numeral 1º de artículo 9 *ídem*.

Aunque se aclara que el artículo 9º ya fue derogada por el artículo 30 del Decreto 4747 de 2007, sin embargo se está estudiando su legalidad por los efectos que produjo mientras estuvo vigente.

Finalmente, la Sala se estará a lo resuelto por la sentencia del 20 de febrero de 2008, Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, proceso con radicado No. 11001-03-26-000-2006-00013-01 (32690), respecto de los apartes que fueron anulados del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004.

En lo que corresponde al **segundo punto** expuesto en la demanda, relativo a la presunta violación del derecho a la igualdad, por parte de las normas demandadas

frente a las Empresas Sociales del Estado y los Fondos de Pensiones; en primera medida, advierte la Sala, tal como lo indicó el Ministerio accionado en la contestación de la demanda, que las Empresas Sociales del Estado, son Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) de carácter público, cuando la prestación del servicio de salud lo realiza de forma directa la Nación o las entidades territoriales⁴², por ende a las ESE también se les aplicaron las normas demandadas.

En efecto, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 define las ESE como *“una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso...”*. En el mismo sentido la Ley 489 de 1998 las clasificó en los organismos y entidades del sector descentralizado por servicios (art. 38) y por otra parte, fueron definidas así: *“Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente Ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.* (art. 83).

Así las cosas, se concluye que los artículos 9 y 11 del Decreto 3260 de 2004 no establecen un trato discriminatorio frente a la regulación de las ESE, como quiera que las Empresas Sociales del Estado en su condición de IPS de carácter público, también son destinatarias de las normas en comento.

En lo que respecta a los Fondos de Pensiones, tampoco es viable predicar una violación del derecho a la igualdad, pues dicha comparación es errada, como quiera

⁴² Arenas Monsalve, Gerardo, El derecho Colombiano de la Seguridad Social, Bogotá, Legis, 2011, pág. 509.



que parte de supuestos de hecho diferentes, toda vez que aquéllos son un conjunto de cuentas individuales de ahorro pensional que conforma un patrimonio autónomo (art. 60 Ley 100 de 1993, mod. Art. 48 Ley 1328 de 2009) destinado a las cuentas de ahorro pensional de los afiliados, mientras que las normas demandadas regulan la prestación del servicio de salud, así, al atender a finalidades diferentes, no se puede establecer una violación del derecho a la igualdad.

Finalmente, frente al **tercer aspecto** planteado en la demanda consistente en que los artículos 9 y 11 del decreto demandado, modifican y desconocen los Códigos Civil y de Comercio, señala la Sala que las materias reguladas por las normas acusadas no son de regulación exclusiva del derecho privado pues la seguridad social en salud, comprende la prestación de un servicio público, que por su naturaleza lleva inmersa la obligación del Estado de garantizar su adecuada prestación, la cual se puede ver afectada por los incumplimientos contractuales entre los prestadores.

Igualmente destaca la Sala que el usuario del servicio público de salud, no participa de la relación contractual entre las EPS, ARS e IPS, sin embargo sí se puede ver afectado por la deficiencia en la prestación del servicio, de ahí que no sea absoluta la aplicación de las normas civiles y comerciales en el cumplimiento de las obligaciones entre los prestadores del servicio de salud.

Por otro lado, resalta la Sala que los temas regulados en los artículos 9 y 11 del decreto demandado, corresponden a aspectos técnicos y operativos cuya reglamentación compete al Gobierno Nacional, al ejercer las funciones atribuidas no solo por la facultad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, sino también por la potestad de regulación y control previstas

por el Constituyente en el artículo 49⁴³ *ídem* y por el legislador en los artículos 154 y 156 de la Ley 100 de 1993.

DECISIÓN

Vistas las anteriores consideraciones esta Sala se estará a lo resuelto en la sentencia del 20 de febrero de 2008, providencia en la que decretó la nulidad del siguiente texto del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004:

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

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

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

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

⁴³ “Art. 49. Modificado por el Acto legislativo 02 de 2009 (...) *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. (...)*”

3: “(...) *para proceder al pago de los valores que acepta (...)*”; (fragmento del numeral 3º)

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

Por otra, se negará la nulidad del siguiente texto del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004 y del artículo 11 *ídem* frente a los cargos presentados en la demanda:

“Artículo 9º. *Reglas para el pago en los contratos por conjunto integral de atención, pago por evento u otras modalidades diferentes a la capitación en regímenes contributivo y subsidiado.*

En los contratos donde se pacte una modalidad de pago diferente a la capitación, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, las EPS o ARS y las IPS se sujetarán al siguiente procedimiento de trámite y pago de las cuentas:

1. (...)

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

2. *(Declarado nulo por fallo del 20 de febrero de 2008 de la Sección Tercera)*

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

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

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

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

Parágrafo 2º. *(Declarado nulo por fallo del 20 de febrero de 2008 de la Sección Tercera)” (...)*

Artículo 11. *Pagos por capitación en los regímenes contributivo y subsidiado. Cuando se trate de contratos de prestación de servicios por capitación tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, las EPS y ARS pagarán dentro de los diez (10) primeros días hábiles de cada mes a las instituciones prestadoras de servicios de salud, el valor mensual correspondiente, sin perjuicio de los ajustes posteriores por concepto de novedades, los cuales se harán en el siguiente pago o a más tardar en el momento de la liquidación de los respectivos contratos.”*

Finalmente esta Sala con ocasión del exceso de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional declarará la nulidad del inciso 1º del numeral 1º del artículo 9º del Decreto 3260 de 2004, pues el asunto ya estaba regulado en el Decreto Ley 1281 de 2002, es decir, que el decreto reglamentario reguló el punto en forma diferente a como lo había hecho un decreto ley y este último no puede ser modificado por una norma de inferior jerarquía. En consecuencia la Sala decretará la nulidad del siguiente aparte:

“Artículo 9º. (...)

1. Las ARS y las EPS deberán recibir facturas de las instituciones prestadoras de servicios de salud como mínimo durante los veinte (20) primeros días calendario del mes siguiente al que se prestaron los servicios, incluido el mes de diciembre, de conformidad con la jornada



habitual de trabajo de sus oficinas administrativas en los días y horas hábiles. La presentación de la factura no implica la aceptación de la misma. (...)

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- ESTÉSE a lo resuelto en la sentencia del 20 de febrero de 2008 proferida por la Sección Tercera dentro el expediente 11001-03-26-000-2006-00013-01 que declaró la nulidad de los siguientes apartes del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004:

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

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

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

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

3: “(...) para proceder al pago de los valores que acepta (...)”;

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

SEGUNDO.- SE NIEGA la nulidad de los incisos 1° y 2°, el inciso 2° del numeral 1°, los numerales 3 y 4, y el parágrafo 1° del artículo 9, y del artículo 11 del Decreto 3260 de 2004 *“Por el cual se adoptan medidas para optimizar el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”* proferido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de la Protección Social, frente los cargos formulados en la demanda.

TERCERO.- SE DECRETA la nulidad del inciso 1° del numeral 1° del artículo 9 del Decreto 3260 de 2004 *“Por el cual se adoptan medidas para optimizar el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”* proferido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de la Protección Social, cuyo texto es:

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

CUARTO. SE RECONOCE personería para actuar como apoderada de la parte demandada a la abogada Gloria Cecilia Valbuena Torres, en atención al poder visible a folio 216 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



GERARDO ARENAS MONSALVE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

**CARMELO PERDOMO CUÉTER
HERNANDEZ**

GABRIEL VALBUENA

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO