

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Radicación: No. 25000-23-41-000-2020-00352-00
Demandante: LÉYDER FABIÁN BENAVIDES TORRES
Demandado: MEDIMAS EPS SAS
Medio de control: CUMPLIMIENTO DE NORMAS CON FUERZA
MATERAL DE LEY O DE ACTOS
ADMINISTRATIVOS
Asunto: PAGO DE RECURSOS DE MEDIMAS EPS A IPS

Decide la Sala la solicitud presentada por el señor Léyder Fabián Benavides Torres con el fin de obtener el cumplimiento de lo dispuesto en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 por parte de MEDIMAS EPS SAS en el sentido de que se disponga el pago inmediato de \$1.9 billones de pesos que la entidad le adeuda a las Instituciones Prestadoras de Salud que integran su red de atención médica.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) Mediante escrito presentado al correo electrónico de la secretaría de la Sección Primera de este tribunal el señor Léyder Fabián Benavides Torres demandó en ejercicio del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley la acción en contra de MEDIMAS EPS SAS.

2) Efectuado el respectivo reparto de la Secretaría de la Sección Primera del tribunal correspondió el conocimiento del asunto al magistrado sustanciador de la referencia.

3) Una vez fue puesta en conocimiento del despacho del magistrado conductor del proceso por proveído de fecha 8 de julio inadmitió la demanda para que la parte actora allegara la correspondiente constancia del envío de la copia de la demanda y sus anexos a la entidad demandada de conformidad con lo preceptuado en el inciso cuarto del artículo 6 del Decreto Legislativo 806 de 2020; subsanada la demanda por auto de 16 de julio de 2020 se admitió la actuación judicial que ocupa la atención en esta oportunidad.

4) Por auto de 30 de julio de 2020 se abrió el proceso a pruebas.

2. Los hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de las súplicas la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) La Superintendencia Nacional de Salud por Resoluciones 5163 de 2017 y 5089 de 2018 adoptó una medida de vigilancia especial sobre MEDIMAS EPS SAS y designó como contralor con funciones de revisor fiscal para la ejecución de dicha medida a la sociedad de Auditorías & Consultorías SAS SAC Consulting SAS, respectivamente.

2) La firma Auditorías & Consultorías SAS – SAC Consulting SAS comunicó a la Superintendencia de Salud que MEDIMAS EPS SAS según el registro plasmado en la cuenta 2105 del Plan único de Cuentas del informe financiero con corte al 31 de diciembre de 2019 adeuda a las Instituciones Prestadoras de Salud la suma de un billón novecientos cincuenta y nueve mil setecientos setenta y seis pesos moneda corriente.

3) El Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo mediante escrito del 25 de febrero de 2020 pidieron al Superintendente Nacional de Salud la intervención forzosa administrativa para liquidar a MEDIMAS EPS, entre otras razones porque *“... las conductas representadas en acciones y omisiones, desplegadas por MEDIMAS SAS EPS, que indiscutiblemente están generando afectación grave a la garantía de los derechos fundamentales a la salud y vida de sus afiliados, por las falencias en la garantía del PBS (plan de beneficios en salud) y el desvío y pérdida de recursos públicos de la seguridad social en salud, se encuentran*

precisamente descritas en el ordenamiento jurídico vigente como causales de intervención del Estado para toma de posesión, suspensión o revocatoria del certificado de autorización para operar...”.

4) La Superintendencia Nacional de Salud no ha exigido a MEDIMAS EPS que cancele a las clínicas, hospitales y profesionales que componen su red de atención médica las cuentas por servicios de salud que el contralor con funciones de revisor fiscal advirtió que se adeudan, incumpliendo por completo los términos de pago previstas en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007.

3. Las pretensiones

Con fundamento en lo anterior la parte actora solicita que se ordene a MEDIMAS EPS SAS dar cumplimiento al literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 y en consecuencia se disponga el pago inmediato de \$1.9 billones de pesos que la entidad le adeuda a las Instituciones Prestadoras de Salud que integran su red de atención médica.

4. Contestación de la demanda

MEDIMAS EPS SAS dio respuesta en forma extemporánea y por tanto se tiene por no contestada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) finalidad del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos, 2) el acto administrativo cuyo cumplimiento se reclama y 3) el caso en concreto.

1. Finalidad del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos

El medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos consagrado en el artículo 87 de la Constitución Política y desarrollado por la Ley 393 de 1997 y el artículo 146 de la Ley 1437 de 2011 tiene por finalidad hacer efectivo el derecho de que goza toda persona, natural o jurídica, pública o privada en cuanto titular de intereses jurídicos para exigir tanto a las autoridades públicas como a los particulares que ejerzan funciones de esta índole, el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a tal autoridad la cual se muestra renuente a cumplirlos, y de tal forma hacer efectiva la observancia del ordenamiento jurídico existente.

Sobre el particular es pertinente advertir que los requisitos mínimos exigidos para la procedencia del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos son los siguientes:

- a) Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos (art. 1º Ley 393 de 1997).
- b) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (arts. 5º y 6º *ibidem*).
- c) Que se pruebe la renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir, o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (art. 8º de la misma norma).
- d) Que el deber cuyo cumplimiento se reclama, contenido en la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, sea válido jurídicamente y exigible actualmente.
- e) No procede la acción cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico

salvo el caso que, de no proceder el juez administrativo, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

2. Las normas cuyo cumplimiento se reclama

La parte actora alega como mandato incumplido el contenido en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 que preceptúa:

“ARTÍCULO 13. FLUJO Y PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS. Los actores responsables de la administración, flujo y protección de los recursos deberán acogerse a las siguientes normas:

a) *El gasto de los recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga se programará anualmente por un valor no inferior al recaudo del año anterior incrementado por la inflación causada y se girará, a las entidades territoriales por trimestre anticipado previo cumplimiento de la radicación de los contratos, la acreditación de cuentas maestras y el envío y cruce de la base de datos de los afiliados, sin que sean exigibles otros requisitos. El no cumplimiento oportuno de estos giros, generará las sanciones correspondientes por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo a lo establecido en la ley. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público girará por trimestre anticipado los recursos que por Presupuesto Nacional le correspondan al Fosyga;*

b) *Todos los recursos de salud, se manejarán en las entidades territoriales mediante los fondos locales, distritales y departamentales de salud en un capítulo especial, conservando un manejo contable y presupuestal independiente y exclusivo, que permita identificar con precisión el origen y destinación de los recursos de cada fuente. El manejo de los recursos se hará en tres cuentas maestras, con unidad de caja al interior de cada una de ellas. Estas cuentas corresponderán al recaudo y al gasto en salud pública colectiva, régimen subsidiado de salud y prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda, con las excepciones de algunos rubros que en salud pública colectiva o en prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda, señale el Ministerio de la Protección Social.*

Las cuentas maestras deberán abrirse con entidades financieras que garanticen el pago de intereses a tasas comerciales aceptables, el incumplimiento de lo anterior acarreará las sanciones previstas en el artículo 2o de la presente ley. El Ministerio de la Protección Social reglamentará la materia, dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la presente ley;

c) *<Literal derogado por el artículo 145 de la Ley 1438 de 2011>*

d) Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico

se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación. En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago. El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura;

e) Los municipios y distritos destinarán hasta el 0,4% de los recursos del régimen subsidiado, para financiar los servicios de interventoría de dicho régimen. La interventoría sólo podrá ser contratada con entidades previamente habilitadas departamentalmente y del Distrito Capital, a través de concursos de méritos, de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social.

Adicionalmente, los municipios y distritos destinarán el 0,2% de los recursos del régimen subsidiado a la Superintendencia Nacional de Salud para que ejerza la inspección, vigilancia y control en las entidades territoriales. El recaudo al que hace referencia el presente inciso, será reglamentado por el Gobierno Nacional, dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley;

f) Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, manejarán los recursos en cuentas maestras separadas para el recaudo y gasto en la forma que reglamente el Ministerio de la Protección Social. Sus rendimientos deberán ser invertidos en los Planes Obligatorios de Salud..." (se adicionan negrillas).

3. El caso concreto

En el caso *sub examine* la parte actora en ejercicio del medio de control en jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos demandó a MEDIMAS EPS SAS con el fin de que cumpla con lo dispuesto en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, y que en consecuencia se ordene el pago inmediato de \$1.9 billones de pesos que la entidad le adeuda a las Instituciones Prestadoras de Salud que integran su red de atención médica.

En los términos en que ha sido propuesta la controversia la Sala declarará improcedente la demanda de la referencia por las siguientes razones:

1) En relación con los requisitos mínimos de la demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“El artículo 87 de la Constitución Política permite que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo que otra autoridad se rehúsa a observar y que en caso de prosperar la acción, en sentencia se le ordenará la ejecución del deber omitido.

*“Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 393 de 1997, son tres los requisitos mínimos exigidos para que proceda la acción de cumplimiento: a) Que la obligación cuya observancia se discute esté consignada en la ley o en acto administrativo; **b) Que contenga la norma un mandato claro, inobjetable para la autoridad a la cual se reclama el cumplimiento;** y c) Que se pruebe la renuencia tácita o expresa de la autoridad llamada a cumplir la norma jurídica”* (se adicionan negrillas).

En sentencia de 2003 el máximo tribunal de lo contencioso administrativo señaló:

*“La ley 393 de 1997 señala como requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento, **que el deber jurídico cuyo cumplimiento se exige por medio de la acción, esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos, de una manera tal que sea imperativo, inobjetable y exigible a la autoridad de la cual se está reclamando su ejecución;** que la administración haya sido y continúe siendo renuente a cumplir, que tal renuencia sea probada por el demandante de la manera como lo exige la ley, **y que, tratándose de actos administrativos de carácter particular, el afectado no tenga ni haya tenido otro instrumento judicial para lograr su cumplimiento, salvo en el caso en que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.***

“.....”

*“En lo que hace a las características de la obligación exigible, **esta Corporación ha sido enfática en señalar que cuando las normas cuyo cumplimiento se demandan no contienen un mandato imperativo inmediato y preciso para el demandado, las pretensiones no pueden prosperar.***

“.....”².

(resalta la Sala).

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, expediente 2002-1065-01(ACU-1498), MP Roberto Medina López.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 2003-00451-01, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

De acuerdo con los apartes jurisprudenciales antes transcritos y con los lineamientos trazados por esta corporación en reiteradas oportunidades³ se tiene lo siguiente:

a) El deber jurídico incumplido consignado en una norma con fuerza material de ley o en un acto administrativo debe contener un mandato imperativo, inobjetable, preciso y exigible a la autoridad respecto de la cual se busca el cumplimiento del mismo, sin ningún condicionamiento, es decir, que su obligatoriedad debe resultar evidente y sin discusión alguna.

b) Adicionalmente, el incumplimiento de dicho mandato debe generar una irregularidad de la autoridad renuente en el ejercicio de sus funciones.

c) Que el demandante no cuente con otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o los actos administrativos.

d) Finalmente, en los eventos en los que la norma cuyo cumplimiento se demanda no reúnan las características anotadas anteriormente no se podrá acceder a las pretensiones de la demanda.

2) Asimismo, el artículo 6 de la Ley 393 de 1997 respecto de la procedencia de la acción de cumplimiento contra particulares preceptúa lo siguiente:

“Artículo 6.- Acción de cumplimiento contra particulares. La Acción de Cumplimiento procederá contra acciones u omisiones de particulares que impliquen el incumplimiento de una norma con fuerza material de Ley o Acto administrativo, cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, pero sólo para el cumplimiento de las mismas.

En el evento contemplado en este artículo, la Acción de Cumplimiento podrá dirigirse contra el particular o contra la autoridad competente para imponerle dicho cumplimiento al particular.” (resalta la Sala).

De lo anterior se desprende de manera clara que la acción constitucional de cumplimiento únicamente es procedente cuando se dirige contra particulares que cumplen funciones públicas y que las normas con fuerza material de ley

³ Véanse entre muchas: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, sentencia de 20 de febrero de 2012, exp. no. AC-2012-00061, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

o el acto administrativo que se reclama su cumplimiento deben estar relacionadas con el ejercicio de las tales funciones.

3) Por consiguiente para efectos de este caso en particular es necesario y relevante determinar, por una parte, la diferencia conceptual existente entre “función pública” y “servicio público” y, por otra, si MEDIMAS EPS, como persona jurídica de derecho privado que es, cumple funciones públicas o si por el contrario se trata de un particular que tan solo presta un servicio público como lo es el de salud.

En cuanto al primer aspecto se refiere precisa la Sala que los conceptos de función pública y servicio público no son equivalentes ni tampoco es predicable respecto de ellos una relación de sinonimia en la medida en que corresponden a dos distintas nociones jurídicas. “La función pública” consiste en toda aquella prerrogativa o actividad propia y exclusiva del Estado en cuanto constituye por esencia ejercicio del poder público, que se cumple o desarrolla a través de diferentes autoridades de las ramas del poder público o de los órganos autónomos de poder (v.gr. la administración de justicia, la defensa de las fronteras, la seguridad interior, la función legislativa, etc.) y, excepcionalmente por particulares por expresa autorización de la Constitución o la ley (ej. para dar fe pública en calidad de notarios, ejerciendo función jurisdiccional como árbitros en los tribunales de arbitramento, etc.), actividad y atribución esta no posible ni predicable de una organización privada; por su parte, “el servicio público” es aquella actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de interés general (v.gr. salud, educación, transporte de personas, transporte de mercancías, agua potable, telecomunicaciones, suministro de energía eléctrica, suministro de gas domiciliario, recolección y disposición final del residuos, etc.) generalmente por parte del Estado o también por los particulares mediante la figura de la colaboración administrativa y con sujeción a normas de derecho público.

Por lo tanto no puede perderse de vista la diferencia sustancial que desde el punto de vista jurídico existe entre una y otra actividad, aunque, por excepción en algunas ocasiones un servicio público puede a la vez ser expresión de función pública como sucede por ejemplo con la administración de justicia pero, esa no es la regla general, y en ese sentido el artículo 6 de la Ley 393 de 1997 que reglamenta la acción de cumplimiento expresamente preceptúa

que dicha acción procede contra particulares única y exclusivamente cuando estos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas.

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ con ocasión precisamente de precisar la procedencia de la acción de cumplimiento frente a particulares ha sido puntual en establecer la diferencia existente entre los conceptos de función pública y servicio público en los siguientes términos:

“2.- La acción de cumplimiento contra particulares

Como ya se indicó, la Ley 393 de 1997 (artículos 6º y 8º) prevé que la acción de cumplimiento también puede ser ejercida frente a particulares, bajo los siguientes presupuestos:

a) *Para reclamar por acciones u omisiones de particulares que impliquen el incumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo.*

b) *No toda conducta activa u omisiva de los particulares es pasible de esta acción, sino tan sólo aquella **en que el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas**, y únicamente para obtener el cumplimiento de dichas funciones.*

c) *En tales eventos, la acción puede dirigirse contra el particular o contra la autoridad competente para imponerle dicho cumplimiento al particular.*

Así las cosas, constituye núcleo esencial para determinar la procedencia o no de la acción de cumplimiento frente a particulares, el precisar el concepto de función pública, pues, se repite, sólo en los casos en que el particular actúe o deba actuar en ejercicio de este tipo de funciones, se abre la posibilidad del ejercicio de la acción en comento para obtener de aquél el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo.

2.1. El concepto de función pública.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el término “función” significa “capacidad de acción o acción propia de los seres vivos y de sus órganos y de las máquinas o instrumentos; capacidad de acción o acción propia de los cargos y oficios”⁵; por su parte, el vocablo “público” se define como “aplicación a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado”⁶ de allí que, en atención al origen etimológico de la locución, el profesor Manuel María Díez anota que la palabra función se empleó inicialmente en las ciencias físico naturales, pero que luego fué transferida al campo de las disciplinas jurídico-sociales, pasando igualmente al campo del derecho público en donde sufrió las consecuencias propias de esa

⁴ Ver sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 5 de agosto de 1999, expediente ACU-798, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁵ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Editorial Espasa Calpe, Tomo I, Madrid, 1992, pág. 1004.

⁶ *Ibidem*, Tomo II, pág. 1687.

transposición, por manera que, la concepción de función pública depende de la idea que cada uno se haga del Estado⁷

El manejo que generalmente se hace de la función pública se ha reducido exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, para significar la relación que une al servidor público con la administración, y en tal sentido entonces se entiende, con carácter totalmente restringido como, el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado, cuando es lo cierto que, el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor.

En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, **“es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa”⁸; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público⁹ comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél, como sería el caso, por ejemplo, de los particulares transitoriamente investidos de la función de administrar justicia como conciliadores o árbitros (artículo 116 Constitución Política); o los particulares que bajo las condiciones del artículo 269 constitucional, sean encargados de ejercer el control interno de las entidades públicas; o la función notarial que desempeñan los particulares (artículo 1º Decreto 960 de 1970); o las funciones de registro mercantil (artículos 26 y 27 del Código de Comercio) y registro de proponentes (artículo 22 Ley 80 de 1993) confiados a las cámaras de comercio, etc.**

Es ese el sentido y alcance que la Constitución Política le confiere al concepto de función pública en los artículos 122 y 123, al caracterizarla como el ejercicio de competencias, es decir, de atribuciones legal o reglamentariamente asignadas a los órganos y servidores del Estado, señalando al propio tiempo que “la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”. Y así entonces, se define expresamente como función pública, entre otras, la administración de justicia (artículo 228), el control fiscal (artículo 228), etc., e igualmente quedan comprendidas en ese concepto otras actividades estatales, como la legislativa, la ejecutiva, la electoral, etc., en cuanto consisten en el ejercicio de competencias atribuidas a los órganos del Estado.

2.2.- El servicio público de transporte terrestre no constituye ejercicio de función pública.

En el marco conceptual expuesto, si bien el transporte público de pasajeros por carretera constituye un servicio público esencial, tal como lo define inclusive expresamente el artículo 5º de la Ley 336

⁷ *Función*: Deriva de la voz latina **fungio**, perteneciente a la misma raíz del verbo **fungor-fungi**, que quiere decir cumplir, ejecutar, desempeñar. DIEZ, Manuel María. “Derecho Administrativo”. Tomo III, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, pág. 328.

⁸ DIEZ, Manuel María. Op. Cit. pág. 330.

⁹ Entendido el servicio público como aquella actividad organizada dirigida a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua por parte del Estado en forma directa, o por particulares expresamente autorizados para ello, con sujeción a un régimen jurídico especial.

de 1996, significa que se trata de la satisfacción de una necesidad de interés general a cargo de particulares, sujeta en su desarrollo a la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en cuanto a la garantía del servicio y a la protección de los usuarios, de conformidad con los derechos y obligaciones que para el efecto señala la ley y el reglamento, bajo la inspección y vigilancia del Estado. Pero, **la prestación de dicho servicio no implica el ejercicio de función pública, en cuanto no corresponde al ejercicio de competencias atribuidas a los órganos y servidores del Estado.**" (negritas adicionales diferentes a las del texto original).

4) En este mismo sentido la Corte Constitucional¹⁰ frente al ejercicio de la acción de cumplimiento contra particulares ha considerado lo siguiente:

4.1.1.3 Los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución. La imposibilidad de hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público.

Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de funciones públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia^[41].

4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término “función” para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.)^[42] así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”, en tanto que el artículo 212 superior expresa que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

La Constitución hace referencia a las expresiones “función pública” y “funciones públicas” de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de “funciones públicas” por los servidores públicos.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como “funciones públicas” la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la “función administrativa” (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

¹⁰ Ver sentencia C-073 de 28 de enero de 2003, MP Dr. Óscar Antonio Márquez Buitrago.

Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado⁴⁴³.

Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

(...)

La Constitución utiliza igualmente el término de “servicio público” para calificar expresamente como tales determinadas actividades, por ejemplo: (i) La Seguridad Social (art. 48 C.P.) de la que señala es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Así mismo que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley y precisa que la Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley; (ii) La atención en salud y el saneamiento ambiental (art. 49 C.P.), los cuales señala son servicios públicos a cargo del Estado, precisando en todo caso que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley; (iii) La educación (art. 67 C.P.) de la que expresa es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social que corresponderá al Estado regular y sobre el cual ejercerá la suprema inspección y vigilancia; así como (iv) la que desarrollan los notarios y registradores en relación con la cual la Constitución señala que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia (art. 131 C.P.)⁴⁴⁴.

Cabe recordar además que la Constitución asigna al Presidente de la República la competencia para ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (art. 189-23)⁴⁴⁵

Dichos servicios públicos estarán sometidos de acuerdo con el artículo 365 superior, 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.

La Corte ha señalado que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; ello comporta que si bien los particulares concurren a dicha prestación, sea parcial o totalmente, como expresión de la libertad económica (art. 333 C.P.), el Estado tiene el deber de intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados por el Constituyente para los servicios públicos en general (art 365 C.P.), como los que éste haya definido para determinados servicios (seguridad social, salud, por ejemplo)^[46], por lo que puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas relativas por ejemplo a la aplicación de “instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado”^[47], o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para “el logro de sus fines competenciales” y “el respeto de los principios que rigen la función administrativa^[48], fijando en todo caso límites a dicha intervención^[49].

4.1.1.3.3 Las anteriores referencias permiten señalar que *no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.*

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares^[50]. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado^[51].

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina^[52] y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público^[53].

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en

si mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas-, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica per se dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública.

(...)

Así, la simple prestación por un particular del servicio público educativo, respecto del que la Constitución, al tiempo que reconoce la libre iniciativa de los particulares (art. 68 C.P.) y en materia universitaria un régimen de autonomía⁶⁶¹ (art. 69), señala precisos marcos para su ejercicio y un régimen de inspección y vigilancia específico (arts. 67, 189-21 C.P.), no se encuentra sometida al control de las autoridades disciplinarias.

El particular que presta dicho servicio si bien se encuentra sometido a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines que en este campo ha señalado el Constituyente (arts. 67 a 71 C.P.), no cumple una función pública objeto de control disciplinario.

Las empresas prestadoras de salud igualmente están encargadas de un servicio público regido por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, cuya prestación está reglamentada, vigilada y controlada por el Estado (art. 49 C.P.), pero sin que ello signifique el sometimiento de las entidades privadas promotoras y prestadoras de salud a la ley disciplinaria, en tanto en sí misma su actividad no implica el ejercicio de una función pública.

(...)” (negrillas adicionales).

5) De lo anterior se concluye, con facilidad y claridad, que el concepto de función pública está relacionado con un conjunto de prerrogativas o deberes que cumple el Estado a través de sus distintas autoridades y excepcionalmente a través de particulares especialmente autorizados por la Constitución o la ley consistentes en unas precisas actividades propias y exclusivas de la organización estatal mientras que el concepto de servicio público hace relación a las actividades que realizan el Estado y los particulares

en favor de la comunidad en general para asegurar el cumplimiento de los fines sociales, es decir, es una actividad de carácter prestacional que no está exclusivamente en cabeza del Estado como sí lo es el ejercicio de la función pública que, es inherente y exclusiva de este en cuanto comporta por esencia ejercicio del poder público.

Sobre el particular la doctrina igualmente tiene precisada la diferencia que se predica entre función pública y servicio público que, si bien son dos figuras próximas en el ámbito del derecho público cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencias entre sí, *“esta distinción procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que «toda tarea administrativa es constitutiva de servicios públicos» hoy ya desechada. No obstante, puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización).”*¹¹.

7) En este orden de ideas en principio se tiene que MEDIMAS EPS es una entidad particular que presta el servicio público de salud bajo la supervisión, vigilancia y control del Estado pero que no supone ni implica el ejercicio de poder público y por tanto no constituye función pública, sin embargo es necesario precisar que las entidades promotoras de salud administran los recursos de la seguridad social que son naturaleza parafiscal y por ende ejercen función pública tanto es así que son susceptibles de control fiscal y sujetos disciplinables.

8) En relación con la naturaleza jurídica de los recursos de la seguridad social y el desempeño de funciones públicas por parte de las entidades prestadoras de salud la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“6. Naturaleza jurídica de los recursos de la seguridad social.

6.1. Acorde con la exigencia constitucional que prohíbe destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social “para fines diferentes a ella”, la jurisprudencia constitucional viene sosteniendo en forma unívoca que los recursos del Sistema General de la Seguridad Social son rentas de naturaleza parafiscal.

¹¹ DE LA CUETARA, Juan Miguel. “La Actividad de la Administración”. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983, pág. 139.

(...).

6.4. En armonía con el criterio hermenéutico citado, ha insistido la jurisprudencia en sostener que las entidades públicas y privadas que tienen a su cargo el manejo de recursos del sistema integral de la seguridad social, como ocurre con los fondos de pensiones y las Empresas Promotoras de salud - E.P.S., administran recursos parafiscales, los cuales, en ningún caso, pueden ser destinados a fines distintos de los previstos en las normas que los regulan. En este sentido, se dijo en la Sentencia C-179 de 1999 (M.P. Fabio Morón Díaz):

“... no cabe duda acerca de que los fondos de pensiones, los organismos oficiales que tienen como función el reconocimiento y pago de pensiones y las E.P.S., públicas y privadas, que reciben cuotas de las empresas y de los trabajadores, administran recursos parafiscales. Por lo tanto, en ningún caso, esos fondos pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y su manejo debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de su función.” (Sentencia C-179 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz).

Entonces, debe resaltarse que los recursos del sistema de seguridad social son recursos parafiscales que no pueden ser utilizados para propósitos diferentes al previsto en el sistema integral de seguridad social.”¹² (subrayado del texto original – resalta la Sala).

En ese contexto en cuanto al desempeño de las funciones públicas de las entidades prestadoras en salud indicó:

“iv) Análisis de la norma demandada

El aparte acusado dice que están sujetos a la Ley 200 de 1995 las personas que administran los recursos a que se refiere el artículo 338 de la Constitución que, como se vio, son los recursos fiscales y parafiscales del Estado.

Conforme con las consideraciones precedentes y con el hecho de que la demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad de la norma desde la perspectiva de las personas privadas que administran esos recursos, es posible sostener que el sometimiento a la ley disciplinaria de los particulares que manejan tales recursos se encuentra acorde con los principios ya esbozados de la Carta.

Ello, por cuanto que la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública. Las entidades prestadoras del servicio de salud, por ejemplo, administran los recursos parafiscales de dicho sector y, con ello, prestan un servicio público susceptible de control estatal, al punto que la Contraloría General de la República ejerce la inspección del manejo de dichos recursos.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional procedió al análisis de las normas de la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero - Ley 101 de 1993- y estableció que los recursos parafiscales destinados a dicho sector podían ser administrados por

¹² Sentencia C-655 de 2003

entidades particulares con ánimo de lucro (sociedades fiduciarias) mediante contratos suscritos con el Gobierno para tales efectos.

Respecto de los mecanismos que utiliza el Estado para conferir la administración de los recursos parafiscales esta Corporación hizo los siguientes comentarios:

“Esa administración de recursos parafiscales se realiza con fundamento en un contrato especial que celebra el Gobierno con la entidad o sociedad fiduciaria que escoja, el cual necesariamente tiene un componente oneroso. Ahora, dada la naturaleza excepcional de las contribuciones parafiscales, cuando el Congreso de la República, como en este caso, crea una renta de carácter parafiscal debe señalar su régimen, lo que implica que regule la administración, el recaudo e inversión de sus ingresos, por lo que es perfectamente válido, como ya lo ha dicho la Corte que el legislador al expedir la ley que las establece determine con todo detalle las condiciones, modalidades y peculiaridades de esa administración de recursos públicos por parte de los particulares y, en ese orden de ideas, la regla general por parte del órgano legislativo al establecer contribuciones de carácter parafiscal ha sido la de determinar la persona privada encargada de la administración de sus recursos. Como lo ha dicho la Corte, en esta clase de contratos siempre interviene el órgano legislativo en su proceso de celebración, mediante la expedición de leyes que en forma previa autorizan al ejecutivo para acordar y perfeccionar dichos contratos.” (Sentencia C-651 de 2001)

Así también, en ejercicio de ciertas actividades que implican función pública, las Cámaras de Comercio administran y manejan fondos que pertenecen a la Nación y de cuyo manejo deben rendir cuentas ante las autoridades de control fiscal establecidas por la Constitución, tal como lo analizó ampliamente la Corte en la Sentencia C-167 de 1995.

De allí que la simple consagración legal de que estas actividades, por la naturaleza que las caracteriza y la responsabilidad que las acompaña, están sometidas a un régimen especial de control, no constituya quebranto de los principios constitucionales que buscan preservar tanto la permanencia del principio de legalidad como la primacía del interés general.

Desde el punto de vista constitucional es factible que la ley someta a responsabilidad disciplinaria, por el manejo de recursos del Estado, a los particulares encargados de dicha función, pues la administración de los recursos públicos es, por sí misma, función pública.

El reconocimiento de esta sumisión, efectuado por la disposición atacada, antes que contravenir los principios constitucionales, los asegura y promueve. Por esa razón, la expresión acusada será declarada exequible.”¹³ (Se destaca)

9) En esa dirección se tiene que MEDIMAS EPS SAS es una entidad privada que administra recursos del sistema de seguridad social que tienen la

¹³ Sentencia C-181 de 2002

naturaleza de parafiscales y por ende ejerce una función pública, adicional a ello con la presente acción se pretende el cumplimiento de una norma que está relacionada precisamente con los recursos del sistema de seguridad social que administran las entidades promotoras de salud en ejercicio de la función pública que les ha sido encomendada, razón por la cual por este primer aspecto de análisis en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 393 de 1997 la acción de cumplimiento ejercida en contra de aquella sí es procedente no obstante tratarse de un persona jurídica de derecho privado.

10) Sin embargo, desde otro punto de vista la Sala advierte que el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 cuyo cumplimiento se solicita con la demanda tiene por contenido un precepto que establece y regula pagos o erogaciones de índole económica, esto es, de las EPS a las IPS, circunstancia por la cual de conformidad con lo expresamente regulado en el párrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997 la acción procesal ejercida es improcedente en la medida en que en dicha norma tal exclusión se encuentra explícitamente excluida en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 9o. IMPROCEDIBILIDAD. *La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.*

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la (norma o)¹⁴ acto administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

PARÁGRAFO. *La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.”*
(negritas adicionales).

Sin perjuicio además de que deber contenido en dicha norma no es perentorio y claro en la medida en que su aplicación depende de la clase de contrato o modalidad en la que se prestó el servicio y que esté debidamente acreditada en cada caso en concreto la exigibilidad de la obligación en favor de cada prestador del servicio, coadyuvado por el hecho de que en este último evento cada IPS acreedora cuenta con el instrumento idóneo y eficaz para obtener el cumplimiento de la norma invocada en este proceso como lo es la acción ejecutiva en contra de MEDIMÁS EPS.

¹⁴ La expresión entre paréntesis fue declarada inexecutable mediante la sentencia C-193 del 7 de mayo 1998 de la Corte Constitucional.

En ese contexto se declarará improcedente la demanda de la referencia ejercida por el señor Léyder Fabián Benavides Torres.

Por lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

1º) Declaráse improcedente la demanda de la referencia presentada por el señor Léyder Fabián Benavides Torres.

2º) Notifíquese esta decisión a las partes vía electrónica en la forma prevista en los artículos 2 y 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

3º) Ejecutoriado este fallo, previas las constancias secretariales de rigor **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha.



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado