

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Competencia. Actos de carácter general que desarrollan decretos legislativos de Estados de Excepción / ACTOS DE CARACTER GENERAL QUE DESARROLLAN DECRETOS LEGISLATIVOS DE ESTADOS DE EXCEPCION – Control

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción, las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. En el presente caso las Resoluciones Nos. 01035 y 01036 del 19 de marzo de 2010, objeto de control inmediato de legalidad, fueron proferidas por el Ministerio de la Protección Social, autoridad del orden nacional, y por lo tanto, la competencia para conocer del asunto, según la norma en cita es el Consejo de Estado, en concordancia con lo previsto en los artículos 37, numeral 2, de la Ley 270 de 1996, y 97, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo. La Resolución No. 01035 de 19 de marzo de 2010 fue expedida en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 1 y 3 del Decreto Legislativo 132 de 2010, y la Resolución No. 01036 de la misma fecha, fue expedida en desarrollo del artículo 4 de la Resolución 01035 de 2010.

FUENTE FORMAL: LEY 137 DE 1994 – ARTICULO 20 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 37 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO –A RTICULO 97

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 1035 DE 2010 (19 de marzo) / RESOLUCION 1036 DE 2010 (19 de marzo)

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Alcance. Características

La Constitución Política al ocuparse de los Estados de Excepción dispuso una serie de controles de orden político y jurídico, a los cuales deben someterse desde la decisión mediante la cual se produce la declaratoria del Estado de Excepción, los decretos legislativos que dicte el Gobierno en uso de las facultades constitucionalmente conferidas, hasta las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, actos estos últimos respecto de los cuales se ocupó el Legislador Estatutario al establecer en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 la figura del control oficioso e inmediato de legalidad sobre los mismos. La Corte Constitucional en sentencia C-179 de 1994, señaló que el control inmediato de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es una medida eficaz con la cual se busca impedir la

aplicación de normas ilegales. (...) El control es automático como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado con fundamento en el artículo 20 de la Ley 137, en cuyo tenor se dice que es “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma, el Gobierno debe remitirla a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Se trata de un control oficioso que no opera por vía de acción, es decir, no está sujeto a la presentación de una demanda contenciosa que demarque los límites para el juicio de la legalidad del acto, y por tanto es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el art. 215 de la CP. Es en este orden de ideas, un control automático que constituye garantía para los derechos de los ciudadanos y para el mantenimiento de la legalidad en abstracto frente a los poderes del ejecutivo durante los estados de excepción. La Sala Plena ha tenido oportunidad de referirse a los alcances del control automático de juridicidad practicado por el Consejo de Estado respecto de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional como desarrollo de los decretos legislativos que se dictan durante los estados de excepción. Ha señalado la jurisprudencia, como rasgos característicos del control inmediato de legalidad, entre otros, su carácter jurisdiccional, su integralidad, su autonomía, su inmediatez o automaticidad, su oficiosidad, el tránsito a cosa juzgada relativa, y “su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 215 / LEY 137 DE 1994 – ARTICULO 20

NOTA DE RELATORIA: Sobre el control inmediato de legalidad: Corte Constitucional, sentencia de 13 de abril de 1994, Rad. C-179 de 1994, MP. Carlos Gaviria Diaz. Sobre las características del control inmediato de legalidad: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de octubre de 2009, Rad. 2009-00549, MP. Mauricio Fajardo Gómez. Sobre el alcance del control inmediato de legalidad: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 16 de junio de 2009, Rad. 2009-00305 (CA) MP: Enrique Gil Botero.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 1035 DE 2010 (19 de marzo) / RESOLUCION 1036 DE 2010 (19 de marzo)

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA – Efectos / PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO – Efectos / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO DICTADO EN ESTADO DE EXCEPCION – Autonomía

El 19 de marzo de 2010 el Ministro de la Protección Social, con expresa invocación de las atribuciones legales, especialmente las que le confieren el Decreto Ley 205 de 2003, y los artículos 1 y 3 del Decreto Legislativo 132 de 2010, profirió la Resolución No. 01035 “Por la cual se constituye el patrimonio autónomo para el recaudo, administración y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se designa transitoriamente el administrador

fiduciario del patrimonio autónomo y se dictan otras disposiciones”. La Resolución No. 01036 fue expedida en la misma fecha por el Ministro de la Protección Social, “En uso de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por el Decreto ley 205 de 2003 y en desarrollo del artículo 4 de la Resolución 1035 de 2010”. Mediante dicho acto “se designan los miembros que conforman el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo constituido mediante Resolución 1035 de 2010”. La Corte Constitucional mediante sentencia C-372 de 2010 declaró inexecutable el Decreto 132 de 21 de enero de 2010, como consecuencia de la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 mediante el cual se declaró el estado de emergencia social y se dio sustento, entre otros, al citado Decreto Legislativo 132/10. La declaratoria de inexecutable de los decretos legislativos desarrollados por las resoluciones de cuya revisión se trata en el presente asunto, hace que estos últimos actos pierdan fuerza ejecutoria de acuerdo con lo normado en el artículo 66-2 del CCA. No obstante la declaratoria de inexecutable que efectuó la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos, así como la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos objeto del presente control, tales actos administrativos surtieron efectos jurídicos hasta el momento en el que fueron expedidos los fallos enunciados precedentemente. Ha considerado esta Sala Plena, en consecuencia, que en ese orden procede examinar su legalidad dentro del contexto de las normas que les sirvieron de sustento. En este punto, la Sala ha reiterado la autonomía del control de legalidad respecto al control constitucional, y ha considerado que pese a desaparecer los fundamentos de derecho con ocasión de la inexecutable de los decretos que le dieron origen, es posible examinar la legalidad de los actos en razón de los efectos jurídicos que hubieran podido producir antes de su decaimiento. Por consiguiente, el control inmediato establecido en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 es procedente en el presente caso.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 66 NUMERAL 2 / LEY 137 DE 1994 – ARTICULO 20

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 1035 DE 2010 (19 de marzo) / RESOLUCION 1036 DE 2010 (19 de marzo)

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD – Financiación. Administración. Prestación del servicio. Beneficiarios

La Ley 100 de 1993 había fijado las fuentes de recursos y los criterios de administración del régimen subsidiado (arts. 214 a 217). Estas reglas fueron modificadas, inicialmente por la Ley 344 de 1996, que estableció normas sobre racionalización del gasto público, y posteriormente la Ley 715 de 2001, la cual introdujo modificaciones sustanciales al régimen subsidiado. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 715 de 2001 el Sistema General de Participaciones, está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna mediante esa ley. La Ley 715 de 2001 reguló el régimen subsidiado desde el punto de vista de la participación para la salud, introduciendo modificaciones a la Ley 100 de 1993. De otra parte, la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas

modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, efectuó ajustes al sistema de salud con el fin de mejorar la prestación de los servicios a los usuarios del mismo; fijó los criterios para que las personas puedan ser afiliadas al régimen subsidiado de salud e introdujo cambios para fortalecer la financiación y administración de dicho régimen. El estudio normativo de la administración del régimen subsidiado comprende el análisis conjunto de las reglas y criterios de la Ley 100 de 1993, de la Ley 715 de 2001 y la Ley 1122 de 2007. La Ley 715 de 2001 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357(Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, en su artículo 51 dispuso: “CONTRATACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado. En el caso de existir en el municipio o distrito respectivo hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial dicha proporción no será menor al 50%. Todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes...”. A su vez, el artículo 57 ibídem, dispuso sobre la creación de los Fondos de Salud en las entidades territoriales para la administración y manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones y de todos los demás recursos destinados al sector salud. (...)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 356 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 357 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 214 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 215 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 216 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 217 / LEY 344 DE 1996 / LEY 715 DE 2001 - ARTICULO 1 / LEY 1122 DE 2007

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 1035 DE 2010 (19 de marzo) / RESOLUCION 1036 DE 2010 (19 de marzo)

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD – Competencias de los municipios. Financiación. Recursos

La Ley 715 de 2001 al regular el aseguramiento de la población al régimen subsidiado, asigna a los municipios la función de identificar a la población pobre en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del régimen subsidiado, así como celebrar contratos para el aseguramiento de esa población a dicho régimen. La Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, estableció que los recursos del régimen subsidiado de salud transferidos por el Sistema General de Participaciones y el Fondo de Solidaridad y Garantía se deben distribuir dentro de los municipios y distritos con criterios de equidad territorial. Y, dispuso que en todo caso se garantizará

la continuidad del aseguramiento de quienes lo han adquirido, siempre y cuando cumplan los requisitos para estar en el régimen subsidiado. En el lenguaje de las reglamentaciones del régimen subsidiado con anterioridad al 2007, las instituciones que se dedicaran a administrar este régimen se conocían como ARS. Con la Ley 1122 se señala que las entidades que a la fecha de su vigencia, administran el régimen subsidiado, se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS-S). Dentro de las importantes modificaciones de la Ley 1122 de 2007 se destaca, de una parte, la fijación de nuevos criterios de financiación del régimen subsidiado de salud, y de otra, el señalamiento de reglas estrictas acerca del manejo de los recursos que buscan resolver problemas surgidos en el pasado respecto de los mismos. Sobre las fuentes de financiación el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 modifica expresamente el artículo 214 de la Ley 100 de 1993 y clasifica los recursos del régimen subsidiado en tres categorías: Recursos de las entidades territoriales: Que a su vez comprenden: a) Los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud, SGP.S (en concordancia con lo previsto en la Ley 715 de 2001); b) Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación; c) Recursos de departamentos y Distrito Capital provenientes de rentas; d) Otros recursos propios de las entidades territoriales. Recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga. Los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, provienen a su vez de tres fuentes distintas: a) Aporte del régimen contributivo; b) Aporte del gobierno nacional; c) Aporte de las cajas de compensación familiar. Recursos de otras fuentes que comprenden: a) Recursos aportados por gremios y asociaciones; b) Recursos adicionales por participación y transferencias de la explotación petrolera; c) Recursos que aportan los afiliados con subsidio parcial; d) Rendimientos financieros. Adicionalmente a las fuentes de recursos de carácter permanente la Ley 1122 de 2007 estableció un mecanismo transitorio para el pago de deudas al régimen subsidiado (art. 12). El artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 establece los criterios que deben aplicarse para la administración, flujo y protección de los recursos del régimen subsidiado. Dichos criterios son: 1.- Separación de cuentas y racionalidad financiera De acuerdo con el literal b) del citado artículo, 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 serán: - Una cuenta para el recaudo y gasto en salud pública colectiva; - Una cuenta para el régimen subsidiado de salud; y - Una cuenta para “prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda”. 2.- Pagos oportunos a las EPS del régimen subsidiado (artículo 13 literal c)). 3.- Pagos oportunos de las EPS a los prestadores. 4.- Recursos para interventoría y entidad de control.

FUENTE FORMAL: LEY 715 DE 2001 / LEY 1122 DE 2007

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 1035 DE 2010 (19 de marzo) / RESOLUCION 1036 DE 2010 (19 de marzo)

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD – Administración y operación / RECURSOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD – Administración por patrimonio autónomo /

El Decreto Legislativo 132 de 2010 expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4975 de 2009, que declaró la emergencia social en salud, tuvo como objetivo aumentar la eficiencia en la prestación del servicio público de salud. Las medidas adoptadas por el Decreto Legislativo pretendían una solución a los problemas de flujo de recursos entre las entidades encargadas de la presupuestación, recaudo, administración y giro de los recursos que financian el Régimen Subsidiado, mediante la adopción de criterios para su administración en el nivel central, de tal manera que se garantizara la eficiencia y oportunidad en el flujo de dichos recursos, sin que las entidades territoriales vieran afectadas sus competencias legales ni la titularidad sobre estos recursos. El Decreto Legislativo mencionado determinó una nueva forma de administración y operación del Régimen Subsidiado, que incluía la constitución de un Patrimonio Autónomo para la administración de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud. El administrador fiduciario del patrimonio autónomo giraría directamente los recursos a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado. En cumplimiento de los artículos 1 y 3 del citado Decreto Legislativo 132 de 2010 el Ministerio de Protección Social en ejercicio de sus atribuciones legales, expidió la Resolución 1035 de 19 de marzo de 2010 mediante la cual: i) se constituyó el patrimonio autónomo para el recaudo, administración y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado y; ii) en ejercicio de la potestad establecida en el artículo 3º del Decreto Legislativo 132 de 2010, designó a una de las entidades fiduciarias o consorcios fiduciarios con los que se tiene contrato vigente, para que transitoriamente actúe como administrador fiduciario del patrimonio autónomo y recaude, administre y gire los recursos que lo conformarán, hasta tanto se surta la adjudicación del administrador fiduciario mediante el proceso de licitación pública – se designó a la Fiduciaria La Previsora S.A.-.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 1035 DE 2010 (19 de marzo) / RESOLUCION 1036 DE 2010 (19 de marzo)

RESOLUCION 1035 DE 2010 – Ajustada a derecho / ADMINISTRADOR FIDUCIARIO DE RECURSOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD – Funciones / PATRIMONIO AUTONOMO DE REGIMEN SUBSIDIADO – Constitución. Recursos. Comité de administración

El artículo 1 sobre “Constitución del patrimonio autónomo”, se refiere de manera expresa a la constitución del patrimonio autónomo que a través del administrador fiduciario deberá recaudar, administrar y efectuar el giro directo de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud a las Empresas Promotoras de los Servicios de Salud o a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y a la Cuenta de Alto Costo, cuando

corresponda. Frente a esta disposición no se encuentra reparo alguno de ilegalidad en la medida en que, el Ministerio de la Protección Social en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 1º del Decreto Legislativo 132 de 2010 constituyó un Patrimonio Autónomo que a través del administrador fiduciario recaudará, administrará y efectuará el giro a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado o a las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. Los costos y gastos de la administración, apoyo técnico, auditoría y la remuneración fiduciaria necesarios para garantizar el manejo del patrimonio autónomo se pagarán en primera instancia, como lo señala el párrafo 2 del artículo 1 del Decreto Legislativo, con cargo a los rendimientos financieros de estos recursos. El **artículo 2**, sobre “Recursos que conforman el patrimonio autónomo”, señala los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud y que conforman el patrimonio autónomo que se constituye a través del mismo acto. Al respecto, tampoco encuentra la Sala reparo por ilegalidad de la norma en la medida en que, creado el Patrimonio Autónomo, el artículo 2 de la Resolución controlada se ocupa en definir los recursos que conforman el mismo, ajustándose para el efecto a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 que modificó el artículo 214 de la Ley 100 de 1993. El artículo 4 del Decreto Legislativo 132 de 2010 sobre “TRANSFORMACIÓN DE RECURSOS”, modificó a su vez el literal a) del numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1122 de 2007. El **artículo 3** sobre “Lineamientos generales sobre la administración del patrimonio autónomo”, establece que para la administración de los recursos que hacen parte del patrimonio autónomo habrá un estado de cuenta individual por cada distrito, municipio y departamento, en el cual se registrarán los valores provenientes de los recursos que lo conforman, cuyos titulares son las entidades territoriales que deberán presupuestarlos y ejecutarlos sin situación de fondos. Como lo dispone la norma reglamentaria, el artículo 1º del Decreto Legislativo 132 de 2010 establece que en el Patrimonio Autónomo habrá una cuenta individual por cada distrito, municipio y departamento, en la cual se registrarán los valores provenientes de los recursos que conforman el Patrimonio Autónomo, cuyos titulares son las entidades territoriales, es decir, se conserva la autonomía administrativa de dichas entidades territoriales, las cuales continuarán verificando el cumplimiento de los procesos de la administración y operación del Régimen Subsidiado (art. 2 Decreto Legislativo 132/10). En el **artículo 4º** se crea el Comité de Administración del patrimonio autónomo, integrado por (i) Un representante del Despacho del Ministro de la Protección Social, ii) Dos representantes de la Secretaría General, iii) Un representante de la Dirección General de Gestión de la Demanda en Salud, iv) Un representante de la Dirección General Planeación y Análisis de Política, v) Un representante de la Dirección General de Financiamiento, y vi) Un representante del administrador fiduciario del patrimonio autónomo, quien asistirá con voz, pero sin voto. La norma desarrolla el artículo 1 del Decreto Legislativo 132 de 2010 en cuanto crea el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo, y en este sentido el reglamento se sujeta a la norma reglamentada. Mediante la Resolución 1682 de 13 de mayo de 2010 el Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente las que le confiere el Decreto-ley 205 de 2003, ordenó la liquidación inmediata del Patrimonio Autónomo administrado por la sociedad fiduciaria estatal Fiduciaria La Previsora S. A.,

constituido con fundamento en las estipulaciones contenidas en el Decreto Legislativo 132 del 2010 y dispuso que para los efectos previstos en dicha resolución, las instrucciones serán impartidas por los funcionarios que en su momento conformaban el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo. En el **artículo 5°** se designa como administrador fiduciario a la Fiduciaria La Previsora S. A., hasta tanto se surta la adjudicación mediante el proceso de licitación pública. La norma se aviene a lo dispuesto en el Decreto que se reglamenta, en cuyo artículo 3° se dispuso que el Ministerio de la Protección Social podrá designar como administrador fiduciario del patrimonio autónomo a entidades fiduciarias o Consorcio Fiduciario con los que tenga un contrato vigente. Y en la parte motiva de la Resolución se indica expresamente que en ejercicio de la potestad establecida en el artículo 3° del mencionado decreto, se procede a designar a una de las entidades fiduciarias o consorcios fiduciarios con los que se tiene contrato vigente, para que transitoriamente actúe como administrador fiduciario del patrimonio autónomo y recaude, administre y gire los recursos que lo conformarán. La transitoriedad en la designación será “hasta tanto se surta la adjudicación del administrador fiduciario mediante el proceso de licitación pública”. El **artículo 6** se ocupa de la vigencia del acto, aspecto frente al cual no se encuentra reparo alguno. Del análisis del articulado del acto controlado observa la Sala que la Resolución 1035 de 19 de marzo de 2010 se aviene a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 132 de 2010. Y, en este orden de ideas, se tiene que el reglamento se ajusta a la norma reglamentada, sin encontrarse reparo alguno por ilegalidad del acto.

FUENTE FORMAL: LEY 1122 DE 2007 - ARTICULO 11 / DECRETO LEGISLATIVO 132 DE 2010

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 1035 DE 2010 (19 de marzo) / RESOLUCION 1036 DE 2010 (19 de marzo)

RESOLUCION 1036 DE 19 MARZO DE 2010 – Ajustada a derecho

La Resolución 1036 de 19 de marzo de 2010 fue expedida en desarrollo del artículo 4 de la Resolución 1035 de 2010. De acuerdo con este último acto, transitoriamente y hasta tanto se surta la adjudicación del proceso de licitación pública para seleccionar al administrador fiduciario del Patrimonio Autónomo, se designó a la Fiduciaria La Previsora S.A. FIDUPREVISORA S.A como administrador fiduciario y se creó el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo el cual se encuentra integrado por los funcionarios del Ministerio de la Protección Social detallados en el artículo 4 ídem. La designación de dichos miembros se efectuó mediante la Resolución 1036 de 2010. En este orden de ideas, como quiera que las Resoluciones 1035 y 1036 de 2010 se ajustan al Decreto Legislativo 132 de 2010, acto reglamentado, se concluye que en el presente asunto no hubo extralimitación en la potestad reglamentaria, y que en consecuencia, los actos objeto de estudio se encuentran conforme al ordenamiento jurídico frente al cual fueron analizados.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 1035 DE 2010 (19 de marzo) / RESOLUCION 1036 DE 2010 (19 de marzo)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011).-

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA)

Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, a efectuar el control inmediato de legalidad de las Resoluciones Nos. 01035 y 01036 de 19 de marzo de 2010, mediante las cuales se constituye el patrimonio autónomo para el recaudo, administración y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se designa transitoriamente el administrador fiduciario del patrimonio autónomo, y se designan los miembros que conforman el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo, respectivamente.

ANTECEDENTES

El Ministerio de la Protección Social remitió copia simple de los mencionados actos administrativos, según oficio 15000-83093 de 23 de marzo de 2010, suscrito por la Secretaria General de la entidad, dirigido al Presidente de esta Corporación, y radicado el 24 de marzo del mismo año (fl. 2).

1. DEL TEXTO DE LAS RESOLUCIONES MATERIA DE REVISIÓN

De la Resolución 01035 de 19 de marzo de 2010

RESOLUCIÓN 1035 DE 2010
(marzo 19)

Diario Oficial No. 47.660 de 23 de marzo de 2010

Ministerio de la Protección social

Por la cual se constituye el patrimonio autónomo para el recaudo, administración y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se designa transitoriamente el administrador fiduciario del patrimonio autónomo y se dictan otras disposiciones.

El Ministro de la Protección Social,

En ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente las que le confieren el Decreto-ley 205 de 2003 y los artículos 1° y 3° del Decreto Legislativo 132 de 2010, y

CONSIDERANDO:

Que el Decreto legislativo 132 de 2010 se expidió en el marco de la emergencia social para conjurar la crisis del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estableciendo mecanismos para administrar y optimizar los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado, ordenando al Ministerio de la Protección Social constituir un patrimonio autónomo a quien le compete girar directamente a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado o a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado, previendo para el efecto un régimen de transición.

Que en consecuencia, se hace necesario a través de la presente resolución, constituir el patrimonio autónomo para el recaudo, administración y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado y en ejercicio de la potestad establecida en el artículo 3° del mencionado decreto, designar a una de las entidades fiduciarias o consorcios fiduciarios con los que se tiene contrato vigente, para que transitoriamente actúe como administrador fiduciario del patrimonio autónomo y recaude, administre y gire los recursos que lo conformarán.

Que frente a la interpretación de dicho artículo 3° que consagra el mencionado régimen de transición, se pronunció la Oficina Asesora Jurídica de este organismo, mediante Memorando número 79357 del 18 de marzo de 2010, en el que concluye: *“... en nuestro concepto es jurídicamente procedente que el Ministerio de la Protección Social expida*

un acto administrativo creando el patrimonio autónomo y designando entre las entidades fiduciarias o consorcio fiduciario con los que el Ministerio tenga contrato vigente el administrador fiduciario que administrará los recursos que conforman el referido patrimonio, hasta tanto se surte la selección del administrador fiduciario mediante el proceso de licitación pública”. (Negrillas fuera de texto). En igual sentido, se pronunció el Asesor Externo del Ministerio de la Protección Social, doctor Juan Manuel Charry Urueña, mediante correo electrónico de fecha 17 de marzo de 2010, en el que señaló: “... Por lo anterior, en mi concepto, el Ministerio de la Protección Social debe cumplir lo ordenado por el Decreto Legislativo número 132 de 2010, artículos 1° y 3° mediante la expedición de un acto administrativo que constituya el patrimonio autónomo y designe el administrador fiduciario, sin perjuicio del posterior trámite de selección del contratista administrador”.

Que en mérito de lo expuesto.

RESUELVE:

Artículo 1°. *Constitución del patrimonio autónomo.* Constitúyase el patrimonio autónomo que a través del administrador fiduciario recaudará, administrará y efectuará el giro directo de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud a las Empresas Promotoras de los Servicios de Salud o a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y a la Cuenta de Alto Costo, cuando corresponda.

Parágrafo. De conformidad con lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto Legislativo 132 de 2010, los costos y gastos de la administración, apoyo técnico, auditoría y la remuneración fiduciaria necesarios para garantizar el manejo del patrimonio autónomo, se pagarán en primera instancia con cargo a los rendimientos financieros de estos recursos.

Artículo 2°. *Recursos que conforman el patrimonio autónomo.* Los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud y que conforman el patrimonio autónomo que se constituye a través de la presente resolución, son:

1. Los recursos del Sistema General de Participaciones correspondientes a la participación para salud-subsidios a la demanda.

2. Las rentas de los juegos de suerte y azar destinadas a salud-régimen subsidiado definidas en el artículo 6° del Decreto 130 de 2010 y las correspondientes a los licores.

3. Los recursos de regalías destinados a la financiación del régimen subsidiado.

4. Los de esfuerzo propio distintos a los recursos mencionados en los numerales 2 y 3 del presente artículo, que las entidades territoriales de orden departamental, distrital y municipal hayan destinado a la financiación de Régimen Subsidiado.

5. Los recursos de la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, destinados a la cofinanciación del régimen subsidiado.

6. Los recursos destinados a la prestación de servicios de salud de la población pobre no afiliada y eventos no cubiertos por el POS-S que transforme el Gobierno Nacional y las entidades territoriales para subsidios a la demanda, según lo dispuesto en la normatividad vigente.

7. Otros recursos que las entidades territoriales destinen o hayan destinado a la financiación del Régimen Subsidiado.

8. Los demás que por ley deban destinarse a la financiación y cofinanciación del Régimen Subsidiado de salud.

Parágrafo. Los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 que administran directamente las Cajas de Compensación Familiar, se informarán por parte del administrador fiduciario del patrimonio autónomo, para que el ente territorial correspondiente los registre sin situación de fondos.

Artículo 3°. *Lineamientos generales sobre la administración del patrimonio autónomo.* De conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto Legislativo 132 de 2010, para la administración de los recursos que hacen parte del patrimonio autónomo que se constituye a través de la presente resolución, habrá un estado de cuenta individual por cada distrito, municipio y departamento, en el cual se registrarán los valores provenientes de los recursos de que trata el artículo anterior, cuyos titulares son las entidades territoriales que deberán presupuestarlos y ejecutarlos sin situación de fondos.

Artículo 4°. *Comité de Administración.* Créase el Comité de Administración del patrimonio autónomo que se constituye a través de la presente resolución integrado por:

1. Un representante del Despacho del Ministro de la Protección Social.
2. Dos representantes de la Secretaría General.
3. Un representante de la Dirección General de Gestión de la Demanda en Salud.
4. Un representante de la Dirección General Planeación y Análisis de Política.
5. Un representante de la Dirección General de Financiamiento.
6. Un representante del administrador fiduciario del patrimonio autónomo, quien asistirá con voz, pero sin voto.

El Comité de Administración se dará su propio reglamento y definirá mediante acta las directrices y reglas para el manejo del patrimonio autónomo.

Artículo 5°. *Designación del administrador fiduciario.* En cumplimiento del artículo 3° del Decreto Legislativo 132 de 2010 y hasta tanto se surta la adjudicación del administrador fiduciario mediante el proceso de licitación pública, designase a Fiduciaria La Previsora S. A. como administrador fiduciario de los recursos señalados en el artículo 2° de la presente resolución.

Artículo 6°. *Vigencia y derogatorias.* La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D. C., a 19 de marzo de 2010.

DIEGO PALACIO BETANCOURT

Ministro de la Protección Social

De la Resolución No. 01036 de 19 de marzo de 2010

MIISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

RESOLUCIÓN NÚMERO 1036 DE 19 DE MARZO DE 2010

Por la cual se designan los miembros que conforman el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo constituido mediante Resolución 1035 de 2010

EL MINISTRO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

En uso de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por el Decreto ley 205 de 2003 y en desarrollo del artículo 4 de la Resolución 1035 de 2010

CONSIDERANDO:

Que el Decreto Legislativo 132 de 2010 se expidió en el marco de la emergencia social para conjurar la crisis del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estableciendo mecanismos para administrar y optimizar los recursos que financian y cofinancian el régimen subsidiado, ordenando al Ministerio de la Protección Social constituir un patrimonio autónomo a quien le comete girar directamente a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado o a las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado, previendo para el efecto un régimen de transición.

Que con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Legislativo mencionado en el considerando anterior, mediante Resolución No. 1035 del 19 de Marzo de 2010 expedida por el Ministro de la Protección Social, se constituyó un Patrimonio Autónomo para recaudar, administrar y efectuar el giro directo de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado

de Salud a las Empresas Promotoras de los Servicios de Salud o a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y a la Cuenta de Alto Costo, cuando corresponda; transitoriamente y hasta tanto se surta la adjudicación del proceso de licitación pública para seleccionar al administrador fiduciario del Patrimonio Autónomo, se designó a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA S.A. como administrador fiduciario del mismo y se creó el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo, el cual se encuentra integrado por los funcionarios del Ministerio de la Protección Social detallados en el artículo 4º ibídem, por lo que se hace necesario designar mediante la presente resolución a dichos miembros.

Que en mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Designar como miembros del Comité de Administración del Patrimonio Autónomo constituido mediante Resolución No. 1035 del 19 de Marzo de 2010 a los siguientes funcionarios del Ministerio de la Protección Social:

- a) Desígnase como Representante del Despacho del Ministro de la Protección Social al Coordinador del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas.
- b) Desígnanse como representantes de la Secretaría General a la Coordinadora del Grupo de Tesorería y a la Coordinadora del Grupo de Presupuesto.
- c) Desígnase como representante de la Dirección General de Gestión de la Demanda en Salud a la Coordinadora del Grupo de Administración de Subsidios a la Demanda en Salud.
- d) Desígnase como representante de la Dirección General de Planeación y Análisis de Política a la Coordinadora del Grupo de Sistemas de Información.
- e) Desígnase como representante de la Dirección General de Financiamiento al Coordinador del Grupo de Administración Financiera del FOSYGA.

PARÁGRAFO.- Independientemente de las designaciones contenidas en el presente artículo, de manera expresa se faculta a la Secretaría General, a la Directora General de Gestión de la Demanda en Salud, al Director General de Planeación y Análisis de Política y a la Directora General de Financiamiento para que actúen como miembros del Comité de Administración del Patrimonio Autónomo, en ausencia de los representantes designados en cada uno de los literales anteriores.

ARTÍCULO SEGUNDO: En virtud de lo dispuesto en la presente resolución, los funcionarios designados deberán dar cumplimiento a las funciones que sean definidas para el adecuado funcionamiento y administración del Patrimonio Autónomo constituido mediante la Resolución No. 1035 de 2010.

ARTICULO TERCERO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a 19 de marzo de 2010

DIEGO PALACIO BETANCOURT
Ministro de la Protección Social

2. LA DECLARATORIA DEL ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL

Mediante el Decreto Legislativo número 4975 del 23 de diciembre de 2009 el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo de lo previsto en la Ley 137 de 1994, con el fin de conjurar la situación de urgencia a la cual se hace expresa mención en la parte resolutive del Decreto Legislativo, declaró el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días.

3. INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 4975 DE 2009

La Corte Constitucional en ejercicio del control automático de constitucionalidad que le confieren los artículos 214 numeral 6º, 215 parágrafo y 241 numeral 7º de la Constitución, mediante sentencia C-252-10¹ declaró **INEXEQUIBLE** el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, “Por el cual se declara el estado de emergencia social”². La Corte, entre otras razones, expresó:

“(...)

Conclusiones. El Gobierno dispone de medios ordinarios para conjurar la problemática en salud.

¹ Sentencia de 16 de abril de 2010. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

² La sentencia fue dada a conocer públicamente en el comunicado No. 20 de 21 de abril de 2010.

-En cuanto al juicio de suficiencia de los medios ordinarios para enfrentar la crisis social la Corte ha señalado: “la tarea de la Corte no es la de efectuar una ponderación entre las distintas políticas posibles o alternativas de acción que han podido eventualmente adoptarse. Este es el cometido específico del Gobierno y de las demás autoridades responsables. El examen se circunscribe a establecer si dentro de la normalidad, existe un marco de competencias y de poderes ordinarios suficientes con vistas a prevenir o corregir las distorsiones, daños y efectos negativos que provengan de hechos extraordinarios.”³

En la citada sentencia también se explicó que: “el examen de la Corte, no precisa agotar, en este caso, la totalidad del acervo de competencias que, dentro de la normalidad, habrían podido ser ejercitadas para enfrentar los problemas indicados por el Gobierno, puesto que el marco normativo mencionado de suyo es amplio y suficiente para ese propósito. Adicionalmente, los temas de la declaración se relacionan con ámbitos de actividad densamente regulados y, algunos de ellos, se caracterizan por estar dotados no solamente de órganos de regulación y de control propios sino por aplicarse en ellos técnicas normativas que se traducen en la potestad de expedir prontamente resoluciones o actos dirigidos a corregir o prevenir distorsiones y efectos nocivos. Lo anterior se refleja en la existencia de mayores poderes ordinarios para resolver las crisis y, por consiguiente, en términos del principio de subsidiariedad, en la prevalencia de la normalidad institucional y en la verificación de un control de constitucionalidad más estricto que el que se verificaría si el repertorio jurídico fuera menor.”

- La Constitución Política obliga al Gobierno a ejercer un control permanente sobre los gastos ejecutados por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones. Regula lo pertinente para definir los eventos en los cuales está en riesgo la prestación adecuada de servicios a cargo de los entes, las medidas que puede adoptar para evitar tal situación y la determinación efectiva de los correctivos necesarios a que haya lugar.

- La Carta Política le confiere al Gobierno iniciativa legislativa - presentación de proyectos de ley- (art. 154), el ejercicio de potestad reglamentaria -decretos ejecutivos- (art. 189, nums. 10 y 11.) y facultades de inspección, vigilancia y control (art. 189 numer. 22 C.P.), para la expedición de regulaciones o su modificación en caso de que lo encuentre necesario.

- Reconociendo el Gobierno la delicada situación que se presenta en cuanto a lo no cubierto por el Plan Obligatorio de Salud, ha debido proveer desde el primer momento, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, mecanismos de solución oportunos, profundos y eficientes a través de la vía democrática.

³ Sentencia C-122 de 1997.

- En cuanto a la evasión y la elusión no se evidencia insuficiencia de mecanismos ordinarios para enfrentarlas. El Gobierno puede establecer los mecanismos que busquen eliminar tales situaciones, tal como se lo permite el parágrafo 3º del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007.

- Frente a las situaciones de abuso y corrupción para la Corte es claro que se dispone de mecanismos ordinarios para prevenir y sancionar tales comportamientos. El ordenamiento jurídico establece órganos de control a nivel de sanciones disciplinarias, fiscales y penales a cargo del Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República y de la Fiscalía General de la Nación. También, puede señalarse las atribuciones propias del Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, la Comisión de Regulación en Salud, el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.

- El Gobierno no precisó ni demostró que el paso de sus iniciativas tributarias por el Congreso resultare problemática. La atención de la salud implica deberes constitucionales de garantía por el Estado dado el carácter de servicio público y derecho fundamental. La obligación del Gobierno está en garantizarla, persistiendo en la materialización de los fines sociales y esenciales del Estado. Por su parte, el Ministerio de Hacienda alegó criterios de oportunidad (trámite por el Congreso), cuando la Corte ha señalado que los argumentos de eficacia no justifican la emergencia.

- La democracia no es ajena a la agudización de los problemas de orden social y económico. La sola circunstancia de que sea el Congreso el órgano por excelencia que autoriza los gastos e impone los tributos en la Nación, indica claramente que es él, en primer término, el foro natural para discutir y resolver situaciones problemáticas de esta naturaleza.

- De este modo, el Gobierno tampoco logró demostrar la inexistencia o insuficiencia de medios ordinarios para conjurar la actual situación.

Por todo lo anterior, al no cumplirse con los presupuestos estatuidos constitucionalmente para la declaratoria del estado de emergencia social (art. 215), se declarará la inexequibilidad del decreto legislativo.
(...)

En el presente caso, el decreto declaratorio del estado de emergencia social se ha encontrado contrario a la Constitución Política, por cuanto no logró demostrarse la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico); si bien la situación reviste de gravedad no resulta inminente (presupuesto valorativo); y el Gobierno dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática que expone en salud (juicio de suficiencia).”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA PARA EJERCER EL PRESENTE CONTROL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20⁴ de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción, las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.

En el presente caso las Resoluciones Nos. 01035 y 01036 del 19 de marzo de 2010, objeto de control inmediato de legalidad, fueron proferidas por el Ministerio de la Protección Social, autoridad del orden nacional, y por lo tanto, la competencia para conocer del asunto, según la norma en cita es el Consejo de Estado, en concordancia con lo previsto en los artículos 37, numeral 2, de la Ley 270 de 1996, y 97, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo.

La Resolución No. 01035 de 19 de marzo de 2010 fue expedida en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 1 y 3 del Decreto Legislativo 132 de 2010, y la Resolución No. 01036 de la misma fecha, fue expedida en desarrollo del artículo 4 de la Resolución 01035 de 2010.

2.- ALCANCE DEL CONTROL DE LEGALIDAD

⁴ Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-179 de 1994.

La Constitución Política al ocuparse de los Estados de Excepción dispuso una serie de controles de orden político y jurídico, a los cuales deben someterse desde la decisión mediante la cual se produce la declaratoria del Estado de Excepción, los decretos legislativos que dicte el Gobierno en uso de las facultades constitucionalmente conferidas, hasta las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, actos estos últimos respecto de los cuales se ocupó el Legislador Estatutario al establecer en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 la figura del control oficioso e inmediato de legalidad sobre los mismos.

La Corte Constitucional en sentencia C-179 de 1994⁵, señaló que el control inmediato de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es una medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales. Al realizar la revisión del precepto incluido en el proyecto de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, precisó lo siguiente:

“(…)

Pues bien, en los incisos primero y segundo del artículo que se revisa, se consagra el control automático de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, el cual será ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con la competencia que allí se fija. Estas disposiciones no atentan contra la Ley Suprema y, por el contrario, encajan dentro de lo contemplado en el artículo 237 de la Carta, que le atribuye al Consejo de Estado las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, al igual que el cumplimiento de las demás funciones que le asigne la ley.”.

⁵ REF.: Expediente No. P.E. 002 Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 91/92 Senado y 166/92 Cámara "Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia" Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ Bogotá, D.C., trece (13) abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

El control es automático como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado con fundamento en el artículo 20 de la Ley 137, en cuyo tenor se dice que es “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma, el Gobierno debe remitirla a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente.

Se trata de un control oficioso que no opera por vía de acción, es decir, no está sujeto a la presentación de una demanda contenciosa que demarque los límites para el juicio de la legalidad del acto, y por tanto es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el art. 215 de la CP⁶.

Es en este orden de ideas, un control automático que constituye garantía para los derechos de los ciudadanos y para el mantenimiento de la legalidad en abstracto frente a los poderes del ejecutivo durante los estados de excepción.

La Sala Plena ha tenido oportunidad de referirse a los alcances del control automático de juridicidad practicado por el Consejo de Estado respecto de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional como desarrollo de los decretos legislativos que se dictan durante los estados de excepción. Ha señalado la jurisprudencia, como rasgos características del control inmediato de legalidad, entre otros, su carácter jurisdiccional, su integralidad, su autonomía, su inmediatez o automaticidad, su oficiosidad, el tránsito a cosa juzgada relativa, y “su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos”. Así, en sentencia de 20 de octubre de 2009⁷, la Sala indicó lo siguiente:

(...)

⁶ Así lo expresó la Sala en sentencia de 16 de junio de 2009 Rad. 11001-03-15-000-2009-00305-00 (CA) CP: Enrique Gil Botero.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP: Mauricio Fajardo Gómez Sentencia de veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicación numero: 11001-03-15-000-2009-00549-00(CA)

En la anotada dirección y con el fin de esquematizar los presupuestos de procedibilidad del aludido control inmediato de legalidad, la jurisprudencia de esta Sala ha precisado lo siguiente:

“De acuerdo con esta regla son tres los presupuestos requeridos para la procedencia del control inmediato de legalidad, a saber:

- 1. Que se trate de un acto de contenido general.*
- 2. Que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y*
- 3. Que el acto tenga como fin el desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción”⁸.*

Asimismo, los rasgos en virtud de los cuales la jurisprudencia de esta Sala ha caracterizado el mencionado control inmediato son:

(i) Su carácter jurisdiccional, habida cuenta de que el examen del acto respectivo se realiza a través de un proceso judicial, de suerte que la naturaleza jurídica de la decisión mediante la cual se resuelve el asunto es una sentencia y los efectos propios de este tipo de providencias serán los que se produzcan en virtud de la decisión que adopte la Jurisdicción acerca de la legalidad del acto controlado;

(ii) Su integralidad, en la medida en que los actos enjuiciados *“deben confrontarse con todo el ordenamiento jurídico”⁹* y la fiscalización que debe acometer el juez administrativo respecto del acto respectivo incluye

“... la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de “conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”¹⁰;

(iii) Su autonomía, consistente en que resulta *“posible realizar su revisión antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la exequibilidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan”¹¹*; lo anterior sin perjuicio de que deban acatarse y respetarse los efectos del fallo de constitucionalidad respectivo si éste ya se ha proferido o en el momento en el cual se profiera, pero sin que ello suponga la existencia de prejudicialidad alguna del juicio de constitucionalidad que adelanta la Corte

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de noviembre de 1999; Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora; Radicación número: CA- 037.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: CA- 011.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibidem.*

Constitucional en relación con el proceso que adelanta el Juez Administrativo; cosa distinta es que, en el evento de ser declarado(s) inexecutable(s) el(los) decreto(s) legislativo(s) desarrollado(s) por el acto administrativo cuya conformidad a derecho puede incluso haber sido decidida ya por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta última decisión administrativa pierda fuerza ejecutoria, en virtud de lo normado por el artículo 66-2 del Código Contencioso Administrativo¹².

(iv) Su *inmediatez o automaticidad*, reflejada en el deber legal impuesto a las autoridades que expidan el correspondiente acto administrativo para efecto de que lo remitan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición” artículo 20 de la Ley 137 de 1994 ; en relación con esta particularidad del mecanismo de control judicial aludido, recientemente la Sala señaló que

“el control es automático, o como lo dice el art. 20 de la ley 137: “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Ahora, esta clase de control tiene las siguientes características:

i) No impide la ejecución de la norma, pues hasta tanto se anule permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos.

ii) No es requisito que se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad. En tal sentido, la condición para que pueda controlarse es que se haya expedido, no que esté produciendo efectos.

iii) También es automático o inmediato porque no se requiere de una demanda de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien lo expide, y sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva, ya que quien ordena hacer el control es la ley misma, no una demanda formal”¹³.

(v) Su *oficiosidad*, consistente en que si la entidad autora del acto incumple con el precitado deber de envío del mismo a esta Jurisdicción, el juez competente queda facultado para asumir el conocimiento de las decisiones

¹² Precepto que, en lo aquí pertinente, dispone lo siguiente: “Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: (...) 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”.

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de junio de 2009; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Ref.: 11001-03-15-000-2009-00305-00.

respectivas de forma oficiosa “o, incluso, como resultado del ejercicio del derecho constitucional de petición formulado ante él por cualquier persona”¹⁴;

(vi) El tránsito a cosa juzgada relativa que, en línea de principio y según lo que defina el juez competente en cada caso concreto, deberá predicarse de la sentencia mediante la cual se resuelve el fondo del asunto; ello habida consideración de que si bien el control automático o “inmediato” en cuestión, según se ha explicado, tiene por objeto establecer la conformidad del acto examinado para “con el resto del ordenamiento jurídico”, razones tanto de índole pragmático la práctica imposibilidad para el juez administrativo, por erudito y versado que pueda catalogársele, de llevar a cabo una confrontación real, efectiva y razonada del acto administrativo fiscalizado con todo precepto existente de rango constitucional o legal, (...) como de contenido estrictamente jurídico, justifican que el Juez de lo Contencioso Administrativo ejerza la facultad que, sin lugar a la menor hesitación, le concierne, consistente en fijar, en cada caso, los efectos de sus pronunciamientos, en claro paralelismo con la competencia que en esta materia ha conceptualizado la Corte Constitucional a fin de precisar los efectos de sus proveídos, en desarrollo de postulados constitucionales cuya operatividad, tratándose de las decisiones proferidas por el juez administrativo, no ofrece mayor discusión.

(...)

(vii) Como corolario de lo anterior, la última de las características del control judicial inmediato de legalidad en comento la constituye su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos, de conformidad con lo establecido en los artículos 84, 128-1 y 132-1 del Código Contencioso Administrativo (...); en cuanto se refiere a la acción pública de nulidad, cabe señalar que la misma puede ejercerse, entonces, en contra de los actos administrativos que se adopten en desarrollo de aquellos decretos legislativos que, a su turno, se dicten al amparo de un estado de excepción, por lo menos atendidas las siguientes razones:

- En primer término, dado que, según se explicó, el Juez de lo Contencioso Administrativo tiene atribuida la potestad de señalar cuáles son los efectos de sus sentencias y, consecuentemente, cuando hubiere lugar a ello, de establecer que las mismas hacen tránsito a cosa juzgada relativa;

- En segundo lugar, comoquiera que, desde una perspectiva estrictamente exegética, las disposiciones legales mencionadas que contienen los artículos 84, 128-1 y 132-1 C.C.A., no efectúan distinción alguna acerca del tipo de actos administrativos en contra de los cuales procede instaurar la acción pública de nulidad, carecería de fundamento normativo que el intérprete introdujese una diferenciación de tal naturaleza, para excluir a los actos administrativos que se dicten en desarrollo de los decretos legislativos que, a su vez, se expiden dentro de un estado de excepción.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 7 de febrero de 2000; Radicación: CA-033.

- Tampoco se incluye previsión alguna en el anotado sentido, en el artículo 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994, en el cual simplemente se señala que las medidas adoptadas en ejercicio de la función administrativa durante los estados de excepción, esto es, los actos administrativos correspondientes, serán sometidos a control inmediato de legalidad, sin que se excluya la posibilidad de que dichos actos puedan también ser enjuiciados a través del contencioso ordinario de anulación, el cual, por consiguiente, no resulta incompatible con el mecanismo de fiscalización excepcional previsto en el referido precepto legal.

- No puede perderse de vista que el aludido contencioso popular de anulación constituye materialización tanto de claros y expuestos postulados constitucionales, como incluso de derechos fundamentales de los cuales son titulares todos los ciudadanos, pues el mecanismo procesal en cuestión constituye uno de los principales vehículos a través de los cuales se concretan los imperativos contenidos en los artículos 89 y 229 constitucionales, preceptos que defieren al legislador el señalamiento de los cauces procesales necesarios para que los ciudadanos puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, por la protección de sus derechos y consagran, en consonancia con lo anterior, el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, respectivamente.

3.- PROCEDIBILIDAD DEL CONTROL DE LAS RESOLUCIONES 01035 Y 01036 DE 19 DE MARZO DE 2010

Las resoluciones mencionadas son actos administrativos que tienen como fundamento normativo inmediato el Decreto Legislativo 132 de 2010 *“Por el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”*.

Los actos fueron expedidos en desarrollo del correspondiente Decreto Legislativo dictado al amparo del estado de emergencia social para conjurar la crisis del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El 19 de marzo de 2010 el Ministro de la Protección Social, con expresa invocación de las atribuciones legales, especialmente las que le confieren el Decreto Ley 205 de 2003¹⁵, y los artículos 1 y 3 del Decreto Legislativo 132 de 2010, profirió la Resolución No. 01035 *“Por la cual se constituye el patrimonio*

autónomo para el recaudo, administración y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se designa transitoriamente el administrador fiduciario del patrimonio autónomo y se dictan otras disposiciones”.

La Resolución No. 01036 fue expedida en la misma fecha por el Ministro de la Protección Social, “En uso de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por el Decreto ley 205 de 2003 y en desarrollo del artículo 4 de la Resolución 1035 de 2010”. Mediante dicho acto “*se designan los miembros que conforman el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo constituido mediante Resolución 1035 de 2010*”.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-372 de 2010¹⁶ declaró inexecutable el Decreto 132 de 21 de enero de 2010, como consecuencia de la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 mediante el cual se declaró el estado de emergencia social y se dio sustento, entre otros, al citado Decreto Legislativo 132/10. Argumentó la Corte:

“(…)

2. Inconstitucionalidad por consecuencia del Decreto 132 de 2010

Debería la Corte Constitucional pronunciarse de fondo sobre la executable del Decreto legislativo 132 de 2010. Sin embargo, en la sentencia C-252 de 2010 se resolvió declarar la inexecutable del Decreto 4975 de 2009, mediante el cual se declaró el estado de emergencia social y se dio sustento jurídico al Decreto legislativo que se estudia.

La declaratoria de inexecutable del estado de emergencia social, tiene efectos inmediatos y hacia el futuro, con excepción de aquellas normas que establecen fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud, en cuyo caso el efecto de inexecutable fue expresamente diferido.

En atención a que el Decreto legislativo 132 de 2010 no guarda relación con aquellas materias para las cuales el efecto de la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 fue diferido, resulta inexecutable por consecuencia. El decreto declarativo del Estado de Emergencia Social

¹⁵ Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de la Protección Social y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Sentencia de 19 de mayo de 2010. MP: María Victoria Calle Correa.

es el acto que faculta al Presidente de la República a legislar excepcional, limitada y temporalmente. Una vez excluido del ordenamiento este acto, los decretos legislativos dictados a su amparo siguen la misma suerte.¹⁷

De conformidad con lo expuesto, y siguiendo la jurisprudencia establecida por esta Corporación, se declarará la inexecutable del Decreto 132 de 2010, como consecuencia del aludido fallo.”.

La declaratoria de inexecutable de los decretos legislativos desarrollados por las resoluciones de cuya revisión se trata en el presente asunto, hace que estos últimos actos pierdan fuerza ejecutoria de acuerdo con lo normado en el artículo 66-2 del CCA.

No obstante la declaratoria de inexecutable que efectuó la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos, así como la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos objeto del presente control, tales actos administrativos surtieron efectos jurídicos hasta el momento en el que fueron expedidos los fallos enunciados precedentemente. Ha considerado esta Sala Plena, en consecuencia, que en ese orden procede examinar su legalidad dentro del contexto de las normas que les sirvieron de sustento.

En este punto, la Sala ha reiterado la autonomía del control de legalidad respecto al control constitucional, y ha considerado que pese a desaparecer los fundamentos de derecho con ocasión de la inexecutable de los decretos que le dieron origen, es posible examinar la legalidad de los actos en razón de los efectos jurídicos que hubieran podido producir antes de su decaimiento.

Por consiguiente, el control inmediato establecido en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 es procedente en el presente caso.

¹⁷ Al respecto ver, entre otras, las sentencias C-448 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz) y C-127 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo, SV Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo).

4.- EXAMEN FORMAL DE LAS RESOLUCIONES Nos. 01035 y 01036 DE 19 DE MARZO DE 2010

La Sala encuentra que los requisitos que atañen a la competencia y a la forma fueron cumplidos en la expedición de las Resoluciones Nos. 01035 y 01036 de 2010, puesto que constituyen actos administrativos de carácter general, proferidos por una autoridad del orden nacional con competencia para ello, los cuales desarrollan un decreto legislativo¹⁸ expedido en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Estado de Emergencia Social, el cual, a su vez, fue declarado mediante Decreto 4975 de 2009.

En el mismo sentido la Sala aprecia que en las Resoluciones examinadas se indican y constan los datos mínimos para su identificación, esto es, el número, la fecha y la referencia expresa a las facultades que se ejercen, así como el objeto de las mismas.

5.- EXAMEN MATERIAL DE LOS ACTOS

CONCORDANCIA MATERIAL ENTRE LAS RESOLUCIONES 01035 Y 01036 DE 19 DE MARZO DE 2010 Y EL DECRETO LEGISLATIVO 132 DE 2010

Verificado el examen de competencia y requisitos de forma de los actos controlados, la Sala advierte que el análisis material de dichos actos debe adelantarse, en primer lugar mediante la confrontación de los mismos con la norma que dio origen a su expedición y que le sirvió de fundamento jurídico inmediato, esto es, con el Decreto Legislativo 132 de 2010.

En el marco de la emergencia social el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 132 de 2010, para conjurar la crisis del Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo mecanismos para administrar y optimizar los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado, determinando

¹⁸ Según el artículo 1 del Decreto Legislativo 132 de 2010, “El Ministerio de la Protección Social constituirá un patrimonio autónomo mediante un administrador fiduciario, en el cual se recaudarán los

una nueva forma de administración y operación del Régimen Subsidiado que comprende los siguientes aspectos: i) la constitución de un Patrimonio Autónomo mediante un administrador fiduciario en el cual se recaudarán los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud, ii) el administrador fiduciario del patrimonio autónomo girará directamente los recursos a las entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado¹⁹, iii) los departamentos, distritos y municipios administrarán el Régimen Subsidiado a través del seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud dentro de su jurisdicción, iv) definición por parte del Gobierno Nacional de mecanismos, actos o instrumentos jurídicos, mediante los cuales las entidades territoriales continuarán cumpliendo sus responsabilidades legales frente a la administración y operación del Régimen Subsidiado, v) el Ministerio de la Protección Social podrá designar como administrador fiduciario del patrimonio autónomo a entidades fiduciarias o Consorcio Fiduciario con los que tenga un contrato vigente, vi) transformación de recursos, vii) la eliminación del contrato de aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable consagrado en el artículo 44.2.3. de la Ley 715 de 2001.

En cumplimiento de los artículos 1 y 3 del Decreto Legislativo 132 de 2010 el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución 01035 de 19 de marzo de 2010 mediante la cual se constituyó un Patrimonio Autónomo para el recaudo, administración y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado, y en ejercicio de la potestad establecida en el artículo 3 del mencionado decreto, designó a Fiduciaria La Previsora S.A como

recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud, según lo que determine el Gobierno Nacional...”.

¹⁹ Mediante el Decreto 1038 de 30 de marzo de 2010 se reglamentó parcialmente el Decreto Legislativo 132 de 2010, y se reguló el primer giro directo que debía realizar el Patrimonio Autónomo, de manera anticipada, correspondiente al bimestre de abril-mayo de 2010, a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, o a los Prestadores de Servicios de Salud. Mediante Sentencia de 23 de noviembre de 2010, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. No. 11001-03-15-000-2010-00411-00, declaró ajustado a derecho mientras produjo efectos el Decreto 1038 de 30 de marzo de 2010, a través del cual se reglamentó parcialmente el Decreto Legislativo 132 de 2010.

Mediante el Decreto 1191 de 14 de abril de 2010 “...se aclara y adiciona el decreto 1038 de 30 de marzo de 2010”. Por medio de sentencia de 23 de noviembre de 2010 el Consejo de Estado, Sala Plena de lo

administrador fiduciario del patrimonio autónomo, facultada para que recaude, administre y gire los recursos que lo conformarán.

La Resolución 01036 de 19 de marzo de 2010 en desarrollo del artículo 4 de la Resolución 01035 de 2010, designó a los miembros del Comité de Administración del Patrimonio Autónomo constituido mediante la citada Resolución 1035 de 2010.

En este orden de ideas, los actos controlados desarrollan el Decreto Legislativo 132 de 2010, que constituye la fuente directa de dicha reglamentación.

CONCORDANCIA MATERIAL DE LAS RESOLUCIONES 01035 Y 01036 DE 19 DE MARZO DE 2010 CON LO PRECEPTUADO EN EL MARCO LEGAL PERTINENTE

a) El Régimen Subsidiado de Salud en las Leyes 100 de 1993, 715 de 2001 y 1122 de 2007.

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud diseñado por la Ley 100 de 1993 coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo y un régimen de subsidios, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías.

Para tal efecto, la ley ha previsto la existencia de las Entidades Promotoras de Salud -EPS, tanto del Régimen Contributivo como del Régimen Subsidiado, de carácter público o privado, como empresas administradoras de los recursos del Régimen, que prestan el servicio de salud según delegación que el Estado hace.

Estas entidades, a su vez, tienen la facultad de prestar los servicios de salud directamente a sus afiliados, o de contratar la atención de sus usuarios con las diferentes Instituciones Prestadoras de Salud -IPS-.

La Ley 100 en su artículo 211 define el régimen subsidiado como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través de una cotización subsidiaria total o parcialmente, con recursos fiscales y de solidaridad.

La misma Ley 100 dispuso en el artículo 213 que sería sujeto de afiliación a este régimen la población más pobre del país de las áreas rural y urbana (arts. 213 y 157)²⁰. El Gobierno Nacional quedó facultado para fijar los criterios generales que deben ser aplicados por las entidades territoriales para definir los beneficiarios del sistema, según las normas del régimen subsidiado. En todo caso, el carácter del subsidio, se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda.

La Ley 100 de 1993 había fijado las fuentes de recursos y los criterios de administración del régimen subsidiado (arts. 214 a 217). Estas reglas fueron modificadas, inicialmente por la Ley 344 de 1996, que estableció normas sobre racionalización del gasto público, y posteriormente la Ley 715 de 2001, la cual introdujo modificaciones sustanciales al régimen subsidiado.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 715 de 2001 el Sistema General de Participaciones, está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna mediante esa ley.

La Ley 715 de 2001 reguló el régimen subsidiado desde el punto de vista de la participación para la salud, introduciendo modificaciones a la Ley 100 de 1993.

2010-00458-00, declaró ajustado a derecho el Decreto 1191 de 2010.

²⁰“**Artículo 213.-Beneficiarios del régimen.** Será beneficiaria del régimen subsidiado toda la población pobre y vulnerable, en los términos del artículo 157 de la presente ley...”.

De otra parte, la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, efectuó ajustes al sistema de salud con el fin de mejorar la prestación de los servicios a los usuarios del mismo; fijó los criterios para que las personas puedan ser afiliadas al régimen subsidiado de salud e introdujo cambios para fortalecer la financiación y administración de dicho régimen.

El estudio normativo de la administración del régimen subsidiado comprende el análisis conjunto de las reglas y criterios de la Ley 100 de 1993, de la Ley 715 de 2001 y la Ley 1122 de 2007²¹.

La Ley 715 de 2001 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357(Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, en su artículo 51 dispuso:

“CONTRATACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado. En el caso de existir en el municipio o distrito respectivo hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial dicha proporción no será menor al 50%. Todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes...”

²¹ Mediante la Ley 1438 de 19 de enero de 2011 se reforma el Sistema General de Seguridad Social y se dictan otras disposiciones. Los actos administrativos controlados fueron expedidos con anterioridad a la vigencia de esta. El capítulo II de la mencionada Ley 1438 se ocupa de la “ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO”, disponiendo en el artículo 29 que “Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las Instituciones Prestadoras de Salud con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. En todo caso, el Ministerio de la Protección Social podrá realizar el giro directo con base en la información disponible, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades territoriales en el cumplimiento de sus competencias legales. El Ministerio de la Protección Social definirá un plan para la progresiva implementación del giro directo...”

A su vez, el artículo 57 ibídem, dispuso sobre la creación de los Fondos de Salud en las entidades territoriales para la administración y manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones y de todos los demás recursos destinados al sector salud, lo siguiente:

“Fondos de Salud. Las entidades territoriales, para la administración y manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones y de todos los demás recursos destinados al sector salud, deberán organizar un fondo departamental, distrital o municipal de salud, según el caso, que se manejará como una cuenta especial de su presupuesto, separada de las demás rentas de la entidad territorial y con unidad de caja al interior del mismo, conservando un manejo contable y presupuestal independiente y exclusivo, que permita identificar con precisión el origen y destinación de los recursos de cada fuente. En ningún caso, los recursos destinados a la salud podrán hacer unidad de caja con las demás rentas de la entidad territorial. El manejo contable de los fondos de salud debe regirse por las disposiciones que en tal sentido expida la Contaduría General de la Nación.

Los recursos del régimen subsidiado no podrán hacer unidad de caja con ningún otro recurso.

A los fondos departamentales, distritales o municipales de salud deberán girarse todas las rentas nacionales cedidas o transferidas con destinación específica para salud, los recursos libremente asignados para la salud por el ente territorial, la totalidad de los recursos recaudados en el ente territorial respectivo que tengan esta destinación, los recursos provenientes de cofinanciación destinados a salud, y en general los destinados a salud, que deban ser ejecutados por la entidad territorial.

Parágrafo 1°. *Para vigilar y controlar el recaudo y adecuada destinación de los ingresos del Fondo de Salud, la Contraloría General de la República deberá exigir la información necesaria a las entidades territoriales y demás entes, organismos y dependencias que generen, recauden o capten recursos destinados a la salud.*

El control y vigilancia de la generación, flujo y aplicación de los recursos destinados a la salud está a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud y se tendrá como control ciudadano en la participación en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, con voz pero sin voto. El Gobierno reglamentará la materia.

Parágrafo 2°. *Sólo se podrán realizar giros del Sistema General de Participaciones a los fondos de salud.”.*

La Ley 715 de 2001 al regular el aseguramiento de la población al régimen subsidiado, asigna a los municipios la función de identificar a la población pobre en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del régimen subsidiado, así como celebrar contratos para el aseguramiento de esa población a dicho régimen.

La Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, estableció que los recursos del régimen subsidiado de salud transferidos por el Sistema General de Participaciones y el Fondo de Solidaridad y Garantía se deben distribuir dentro de los municipios y distritos con criterios de equidad territorial. Y, dispuso que en todo caso se garantizará la continuidad del aseguramiento de quienes lo han adquirido, siempre y cuando cumplan los requisitos para estar en el régimen subsidiado.

En el lenguaje de las reglamentaciones del régimen subsidiado con anterioridad al 2007, las instituciones que se dedicaran a administrar este régimen se conocían como ARS. Con la Ley 1122 se señala que las entidades que a la fecha de su vigencia, administran el régimen subsidiado, se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS-S).

Dentro de las importantes modificaciones de la Ley 1122 de 2007 se destaca, de una parte, la fijación de nuevos criterios de financiación del régimen subsidiado de salud, y de otra, el señalamiento de reglas estrictas acerca del manejo de los recursos que buscan resolver problemas surgidos en el pasado respecto de los mismos.

Sobre las fuentes de financiación el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 modifica expresamente el artículo 214 de la Ley 100 de 1993 y clasifica los recursos del régimen subsidiado en tres categorías:

- Recursos de las entidades territoriales: Que a su vez comprenden: a) Los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud, SGP.S (en concordancia con lo previsto en la Ley 715 de 2001); b) Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación; c) Recursos de departamentos y Distrito Capital provenientes de rentas; d) Otros recursos propios de las entidades territoriales.
- Recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga. Los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, provienen a su vez de tres fuentes distintas: a) Aporte del régimen contributivo; b) Aporte del gobierno nacional; c) Aporte de las cajas de compensación familiar.
- Recursos de otras fuentes que comprenden: a) Recursos aportados por gremios y asociaciones; b) Recursos adicionales por participación y transferencias de la explotación petrolera; c) Recursos que aportan los afiliados con subsidio parcial; d) Rendimientos financieros.

Adicionalmente a las fuentes de recursos de carácter permanente la Ley 1122 de 2007 estableció un mecanismo transitorio para el pago de deudas al régimen subsidiado (art. 12).

El artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 establece los criterios que deben aplicarse para la administración, flujo y protección de los recursos del régimen subsidiado. Dichos criterios son:

1.- Separación de cuentas y racionalidad financiera

De acuerdo con el literal b) del citado artículo, 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 serán:

- Una cuenta para el recaudo y gasto en salud pública colectiva;
- Una cuenta para el régimen subsidiado de salud; y
- Una cuenta para “prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda”.

2.- Pagos oportunos a las EPS del régimen subsidiado (artículo 13 literal c)²²).

3.- Pagos oportunos de las EPS a los prestadores.

4.- Recursos para interventoría y entidad de control.

b) El Decreto Legislativo 132 de 2010

El Decreto Legislativo 132 de 2010 expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4975 de 2009, que declaró la emergencia social en salud, tuvo como objetivo aumentar la eficiencia en la prestación del servicio público de salud. Las medidas adoptadas por el Decreto Legislativo pretendían una solución a los problemas de flujo de recursos entre las entidades encargadas de la presupuestación, recaudo, administración y giro de los recursos que financian el Régimen Subsidiado, mediante la adopción de criterios para su administración en el nivel central, de tal manera que se garantizara la eficiencia y oportunidad en el flujo de dichos recursos, sin que las entidades territoriales vieran afectadas sus competencias legales ni la titularidad sobre estos recursos.

El Decreto Legislativo mencionado determinó una nueva forma de administración y operación del Régimen Subsidiado, que incluía la constitución de un Patrimonio Autónomo para la administración de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud. El administrador fiduciario del patrimonio autónomo giraría directamente los recursos a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado.

²² Literal derogado por el artículo 145 de la Ley 1438 de 2011.

En cumplimiento de los artículos 1 y 3 del citado Decreto Legislativo 132 de 2010 el Ministerio de Protección Social en ejercicio de sus atribuciones legales, expidió la Resolución 1035 de 19 de marzo de 2010 mediante la cual: i) se constituyó el patrimonio autónomo para el recaudo, administración y giro de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado y; ii) en ejercicio de la potestad establecida en el artículo 3º del Decreto Legislativo 132 de 2010, designó a una de las entidades fiduciarias o consorcios fiduciarios con los que se tiene contrato vigente, para que transitoriamente actúe como administrador fiduciario del patrimonio autónomo y recaude, administre y gire los recursos que lo conformarán, hasta tanto se surta la adjudicación del administrador fiduciario mediante el proceso de licitación pública – se designó a la Fiduciaria La Previsora S.A.-.

c) Análisis del articulado de la Resolución 1035 de 19 de marzo de 2010

El **artículo 1** sobre “*Constitución del patrimonio autónomo*”, se refiere de manera expresa a la constitución del patrimonio autónomo que a través del administrador fiduciario deberá recaudar, administrar y efectuar el giro directo de los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud a las Empresas Promotoras de los Servicios de Salud o a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y a la Cuenta de Alto Costo, cuando corresponda.

Frente a esta disposición no se encuentra reparo alguno de ilegalidad en la medida en que, el Ministerio de la Protección Social en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 1º del Decreto Legislativo 132 de 2010 constituyó un Patrimonio Autónomo que a través del administrador fiduciario recaudará, administrará y efectuará el giro a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado o a las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. Los costos y gastos de la administración, apoyo técnico, auditoría y la remuneración fiduciaria necesarios para garantizar el

manejo del patrimonio autónomo se pagarán en primera instancia, como lo señala el párrafo 2 del artículo 1 del Decreto Legislativo, con cargo a los rendimientos financieros de estos recursos.

El **artículo 2**, sobre *“Recursos que conforman el patrimonio autónomo”*, señala los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud y que conforman el patrimonio autónomo que se constituye a través del mismo acto.

Al respecto, tampoco encuentra la Sala reparo por ilegalidad de la norma en la medida en que, creado el Patrimonio Autónomo, el artículo 2 de la Resolución controlada se ocupa en definir los recursos que conforman el mismo, ajustándose para el efecto a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 que modificó el artículo 214 de la Ley 100 de 1993. El artículo 4 del Decreto Legislativo 132 de 2010 sobre “TRANSFORMACIÓN DE RECURSOS”, modificó a su vez el literal a) del numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1122 de 2007.

El **artículo 3** sobre *“Lineamientos generales sobre la administración del patrimonio autónomo”*, establece que para la administración de los recursos que hacen parte del patrimonio autónomo habrá un estado de cuenta individual por cada distrito, municipio y departamento, en el cual se registrarán los valores provenientes de los recursos que lo conforman, cuyos titulares son las entidades territoriales que deberán presupuestarlos y ejecutarlos sin situación de fondos.

Como lo dispone la norma reglamentaria, el artículo 1º del Decreto Legislativo 132 de 2010 establece que en el Patrimonio Autónomo habrá una cuenta individual por cada distrito, municipio y departamento, en la cual se registrarán los valores provenientes de los recursos que conforman el Patrimonio Autónomo, cuyos titulares son las entidades territoriales, es decir, se conserva la autonomía administrativa de dichas entidades territoriales, las cuales continuarán verificando el cumplimiento de los procesos de la administración y operación del Régimen Subsidiado (art. 2 Decreto Legislativo 132/10).

En el **artículo 4°** se crea el Comité de Administración del patrimonio autónomo, integrado por (i) Un representante del Despacho del Ministro de la Protección Social, ii) Dos representantes de la Secretaría General, iii) Un representante de la Dirección General de Gestión de la Demanda en Salud, iv) Un representante de la Dirección General Planeación y Análisis de Política, v) Un representante de la Dirección General de Financiamiento, y vi) Un representante del administrador fiduciario del patrimonio autónomo, quien asistirá con voz, pero sin voto.

La norma desarrolla el artículo 1 del Decreto Legislativo 132 de 2010 en cuanto crea el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo, y en este sentido el reglamento se sujeta a la norma reglamentada.

Mediante la Resolución 1682 de 13 de mayo de 2010 el Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente las que le confiere el Decreto-ley 205 de 2003, ordenó la liquidación inmediata del Patrimonio Autónomo administrado por la sociedad fiduciaria estatal Fiduciaria La Previsora S. A., constituido con fundamento en las estipulaciones contenidas en el Decreto Legislativo 132 del 2010 y dispuso que para los efectos previstos en dicha resolución, las instrucciones serán impartidas por los funcionarios que en su momento conformaban el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo.

En el **artículo 5°** se designa como administrador fiduciario a la Fiduciaria La Previsora S. A., hasta tanto se surta la adjudicación mediante el proceso de licitación pública.

La norma se aviene a lo dispuesto en el Decreto que se reglamenta, en cuyo artículo 3° se dispuso que el Ministerio de la Protección Social podrá designar como administrador fiduciario del patrimonio autónomo a entidades fiduciarias o Consorcio Fiduciario con los que tenga un contrato vigente. Y en la parte motiva de la Resolución se indica expresamente que en ejercicio de la potestad establecida en el artículo 3° del mencionado decreto, se procede a designar a

una de las entidades fiduciarias o consorcios fiduciarios con los que se tiene contrato vigente, para que transitoriamente actúe como administrador fiduciario del patrimonio autónomo y recaude, administre y gire los recursos que lo conformarán. La transitoriedad en la designación será “hasta tanto se surta la adjudicación del administrador fiduciario mediante el proceso de licitación pública”.

El **artículo 6** se ocupa de la vigencia del acto, aspecto frente al cual no se encuentra reparo alguno.

Del análisis del articulado del acto controlado observa la Sala que la Resolución 1035 de 19 de marzo de 2010 se aviene a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 132 de 2010. Y, en este orden de ideas, se tiene que el reglamento se ajusta a la norma reglamentada, sin encontrarse reparo alguno por ilegalidad del acto.

d) Análisis de la Resolución 1036 de 19 marzo de 2010

La Resolución 1036 de 19 de marzo de 2010 fue expedida en desarrollo del artículo 4 de la Resolución 1035 de 2010. De acuerdo con este último acto, transitoriamente y hasta tanto se surta la adjudicación del proceso de licitación pública para seleccionar al administrador fiduciario del Patrimonio Autónomo, se designó a la Fiduciaria La Previsora S.A. FIDUPREVISORA S.A como administrador fiduciario y se creó el Comité de Administración del Patrimonio Autónomo el cual se encuentra integrado por los funcionarios del Ministerio de la Protección Social detallados en el artículo 4 *ídem*. La designación de dichos miembros se efectuó mediante la Resolución 1036 de 2010.

En este orden de ideas, como quiera que las Resoluciones 1035 y 1036 de 2010 se ajustan al Decreto Legislativo 132 de 2010, acto reglamentado, se concluye que en el presente asunto no hubo extralimitación en la potestad reglamentaria, y que en consecuencia, los actos objeto de estudio se encuentran conforme al ordenamiento jurídico frente al cual fueron analizados.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

DECLÁRANSE AJUSTADAS A DERECHO, mientras produjeron efectos, las Resoluciones 1035 y 1036 de 19 de marzo de 2010, proferidas por el Ministerio de la Protección Social, mediante las cuales se reglamentó parcialmente el Decreto Legislativo 132 de 2010.

Cópiese, comuníquese al Ministerio de la Protección Social y archívese el expediente.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente
Con aclaración de voto

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ (E)

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
Ausente con excusa

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO F. BASTIDAS BARCENAS
Con aclaración de voto

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Con salvamento de voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Ausente con excusa

MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN **CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ**

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
Ausente con excusa

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Con salvamento de voto

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

MAURICIO TORRES CUERVO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Ausente con excusa

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
Secretario General