

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Sobre Actos administrativos que reglamentan los decretos legislativos de estados de excepción. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de de 1994 “Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia”, compete al Consejo de Estado realizar el control inmediato de legalidad respecto de las medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos proferidos durante los estados de excepción.

FUENTE FORMAL: LEY 137 DE 1994 – ARTICULO 20

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Alcance

La Sala para efectos del Control Inmediato de Legalidad no se limitará a la mera confrontación de la norma sometida a control con el decreto legislativo que reglamenta, sino que además, como corresponde el examen comprenderá la eventual transgresión del ordenamiento jurídico en los aspectos que serán objeto de estudio.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el control de legalidad integral sobre los actos administrativos expedidos en desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, Consejo de Estado ,Sala Plena , sentencia de 3 de mayo de 199, Exp CA-011, MP. Ricardo Hoyos Duque

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE DECRETO DE DECLARACION DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL – Efectos / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE DECRETOS LEGISLATIVOS DE EMERGENCIA SOCIAL- Decaimiento del acto Administrativo que lo reglamenta. Efectos. Control de inmediato de legalidad de actos que lo reglamentan por el tiempo de vigencia

Como la Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2010, que declaró inexecutable el Decreto 4975 de 2009, no precisó sus efectos respecto de las disposiciones legales dictadas en ejercicio de la Emergencia Social, cuando los recursos allí regulados no establecen ni provienen de nuevas fuentes tributarias orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud, y en la sentencia C-399 de 2010, que declaró inexecutable el Decreto Legislativo 073 de 2010, tampoco determinó los efectos del fallo en el tiempo; de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 y 21 del Decreto 2067 de 1991, se entienden que los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad son hacia el futuro. Entonces, sólo a partir de la fecha en que se notificó la sentencia de inexecutable del Decreto Legislativo 073 de 2010 el decreto reglamentario objeto de examen perdió fuerza ejecutoria por la declaratoria de inexecutable de su fundamento de derecho (artículo 66-2 del C.C.A.). Por lo anterior, pese al decaimiento del Decreto 1163 de 13 de abril de 2010, esta circunstancia no es óbice para realizar el control de legalidad del referido decreto reglamentario por cuanto nació a la vida jurídica y a pesar de su breve vigencia produjo efectos jurídicos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4975 DE 2009 / DECRETO LEGISLATIVO 073 DE 2010

PAGO DE APORTES PATRONALES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL CON RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACION – Regulación / EXCEDENTES DE APORTES PATRONALES DE COTIZACIONES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL CON RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACION- Financiación del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud del orden territorial y descentralizado.

Los recursos del Sistema General de Participaciones se utilizan para pagar el monto correspondiente a los aportes patronales de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, y garantizar de esta manera el cumplimiento de los derechos sociales de los trabajadores. Realizado lo anterior si se presentan excedentes, con ellos se pagan obligaciones en mora de auxilios de cesantía y se cubre el monto de cotizaciones vencidas hasta quedar a paz y salvo con todas las obligaciones del sistema. Si hecho lo anterior subsisten saldos a favor, esos recursos sí deben utilizarse para financiar el Sistema de Seguridad Social en Salud, específicamente del régimen subsidiado.

FUENTE FORMAL: LEY ORGANICA 715 DE 2001 – ARTICULO 50 / RESOLUCION 0003815 DE 2003 / DECRETO 1636 DE 2006 / LEY 1176 DE 2007 – ARTICULO 32 / DECRETO 1465 DE 2005 / DECRETO 1931 DE 2006 / RESOLUCION 2527 DE 2001 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2001 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 256 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 357 / LEY ORGANICA 715 DE 2001 – ARTICULO 53

EXCEDENTES DE APORTES PATRONALES DE COTIZACIONES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL CON RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACION – Financiación del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud. Facultad reglamentaria. Competencia

La potestad de reglamentar las leyes es atribución del Presidente de la República que ejerce con el ministro del ramo o director de departamento administrativo según la materia que corresponda, como lo prevé el artículo 115 de la Constitución Política, en este caso el Decreto Reglamentario 1163 de 2010 fue expedido por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y el de la Protección Social, quienes son los competentes para esos efectos según la materia que desarrolló el reglamento porque se trata de la destinación de los saldos excedentes de recursos girados por el Sistema General de Participaciones a las entidades administradoras o aseguradoras del Sistema de Seguridad Social Integral por concepto de aportes patronales de las entidades territoriales y sus entes descentralizados.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL – Conformación

Con el propósito descrito, es pertinente destacar que el artículo 8º de la Ley 100 de 1993 dispuso que: “El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.” En otras palabras el Sistema de Seguridad Social Integral está conformado por los Sistemas de Pensiones, Riesgos Profesionales, Salud y los Servicios Sociales Complementarios.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 8

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – Beneficiarios. Regímenes

De manera similar el Sistema General de Pensiones está previsto para amparar esta prestación social de los trabajadores dependientes e independientes con capacidad de pago; está compuesto por dos regímenes: Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes y cualquiera de los dos regímenes implica necesariamente la obligación de efectuar el pago de los correspondientes aportes ordenados en la ley para el empleador y el empleado, es decir, contribuyen uno y otro de manera concurrente.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 10 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 34 / LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 2

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Beneficiarios. Regímenes

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con los Sistemas de Riesgos Profesionales y de Pensiones, la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia, independiente de su capacidad de pago; porque el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 dispone expresamente: “corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago”. En desarrollo de lo transcrito, el legislador previó que el Sistema de Seguridad Social en Salud comporta dos regímenes diferentes: a) el contributivo, que se conforma con personas vinculadas por contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados (así como los trabajadores independientes con capacidad de pago); cuya vinculación se efectúa mediante el pago de una cotización o de un aporte económico previo, con recursos del empleado y de su empleador; los trabajadores independientes realizan a su cargo la totalidad de la cotización. b) el subsidiado compuesto por las personas pobres, vulnerables y sus grupos familiares sin capacidad de pago en la medida que no son trabajadores ni tienen otros ingresos, de allí que su vinculación se realiza mediante el pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales y los provenientes de la solidaridad.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 153 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 201 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 157 NUMERAL 7

AUXILIO DE CESANTIA – No es cotización al sistema de seguridad social. Beneficiarios

Es importante advertir también que el pago del auxilio de cesantía –prestación social- de los trabajadores del sector salud de las entidades territoriales, que por mandato del artículo 58 de la Ley Orgánica 715 de 2001 y sus normas complementarias y reglamentarias, se realiza igualmente con recursos del Sistema General de Participaciones para garantizar su pago oportuno. No es una cotización al sistema de Seguridad Social, sino una prestación laboral a cargo de todo empleador, razón por la cual sus beneficiarios son únicamente los empleados.

EXCEDENTES DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACION A APORTES PATRONALES DE COTIZACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL DEL NIVEL TERRITORIAL Y DESCENTRALIZADO –

Destinación al sistema de seguridad social en salud de salud del régimen subsidiado. No depuración desmejora derechos laborales de los trabajadores

Los referidos saldos excedentes, según las previsiones del Decreto Legislativo 073 de 2010 y su Reglamentario 1163 de 2010 deben ser devueltos por cada administradora del Sistema de Seguridad Social Integral antes del 15 de abril de 2010 a un patrimonio autónomo constituido por el Ministerio de la Protección Social en nombre de las entidades territoriales, con destinación específica para la financiación de las obligaciones pendientes de pago con las instituciones prestadoras de servicios de salud –IPS- generadas por concepto de prestación de servicios a la población pobre no asegurada y a cubrir los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado con corte a 30 de junio de 2009 (artículos 1º, 5º y 7º). Resulta palmario que la destinación de los saldos excedentes prevista por el Decreto Legislativo 073 de 2010 para ese primer giro contraría abiertamente el amparo del que eran beneficiarios los trabajadores del sector salud según las disposiciones de la Ley Orgánica 715 de 2001, con las que se exigía depurar o destinar en primer orden al pago de los aportes patronales en mora de las entidades territoriales y sus entes descentralizados causados a partir de 1994; es decir, al saneamiento de las cotizaciones en el régimen contributivo y sólo después de realizado este procedimiento y a condición de que se esté a paz y salvo con todas las obligaciones laborales del Sistema de Seguridad Social, huelga decir auxilio de cesantías y cotizaciones a pensiones, salud y riesgos profesionales; si existen aún saldos a favor de la entidad empleadora, estos recursos deben adicionarse al presupuesto de cada entidad territorial para financiar la prestación de servicios de salud a la población pobre. Se destaca que tanto el artículo 215 de la Constitución Política prevé que en el estado de emergencia “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores”; como y en ese mismo sentido el artículo 50 de la Ley 137 de 1994. Al contrariar la especial destinación que le otorgó el legislador a los saldos excedentes de los aportes patronales en el parágrafo del artículo 58 de la Ley Orgánica 715 de 2001 en detrimento de los derechos sociales de los trabajadores, la Sala inaplicará por inconstitucional el Decreto Legislativo 073 de 2010 para el estudio de la legalidad del Decreto 1163 de 13 de abril de 2010. El Decreto cuya revisión adelanta la Sala, en tanto desmejora derechos sociales de los trabajadores del sector salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, vulnera el artículo 215 de la Constitución Política, razón suficiente para concluir que durante el tiempo que el Decreto Reglamentario produjo efectos no estaba ajustado a nuestro ordenamiento jurídico, como se explicó, y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 715 DE 2001 – ARTICULO 58 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 215 / LEY 137 DE 1994 – ARTICULO 50

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, veintidós (22) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación numero: 11001-03-15-000-2010-00452-00(CA)

Actor: GOBIERNO NACIONAL

Control inmediato de legalidad del Decreto 1163 de 13 de abril de 2010.

La Sala procede a ejercer el control inmediato de legalidad previsto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 respecto del Decreto 1163 de 13 de abril de 2010 “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 073 de 2010 y se dictan otras disposiciones”.

I. LA NORMA REGLAMENTADA POR EL DECRETO OBJETO DE ESTUDIO

El Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones del estado de excepción declarado en el Decreto 4975 de 2009¹ expidió el Decreto Legislativo 073 de 18 de enero de 2010², cuyo texto es el siguiente:

“MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DECRETO NÚMERO 073 DE 2010

18 ENE 2010

Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones – Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4975 de 2009 y,

CONSIDERANDO:

Que con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, mediante el Decreto 4975 de 2009 se declaró el estado de Emergencia Social en todo el país, con el propósito de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud la cual amenaza de manera inminente, entre otros aspectos, la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, así como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.(Subrayas fuera de texto)

¹ “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”

² Publicado en el Diario Oficial No. 47.596 de 18 de enero de 2010.

Que, en el Régimen Subsidiado, se evidencia el incremento en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, tal y como lo han reportado los departamentos al Gobierno Nacional, al señalar un incremento significativo del valor estimado del déficit por servicios no incluidos en el POS.

Que los departamentos, los distritos, las Empresas Promotoras de Salud – EPS y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS, a través de diferentes manifestaciones, han informado al Gobierno Nacional sobre las dificultades derivadas de tal situación, la existencia de déficit de recursos y el incremento de la cartera, todo lo cual se ha generado como consecuencia del crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud.

Que dichas circunstancias afectan de manera directa la prestación del servicio de salud de los colombianos y en particular de la población más pobre y vulnerable, por lo que se hace necesaria la adopción de medidas extraordinarias para obtener fuentes adicionales que generen liquidez y permitan el saneamiento de las deudas de manera urgente y prioritaria, garantizando la continuidad y la prestación de los servicios de salud a la población pobre no asegurada y los servicios no incluidos en el POS del régimen subsidiado.(subrayas fuera de texto)

Que existen excedentes de recursos originados en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, destinados a cubrir los aportes patronales de los funcionarios de las IPS públicas, los cuales se han financiado con recursos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para salud destinados a Aportes Patronales.

Que en aplicación de los criterios de definición de estos aportes patronales, se han venido generando excedentes que no se han integrado al flujo de recursos del Sistema, por lo cual reposan en administradoras o aseguradoras de los diferentes subsistemas de la seguridad social, de cesantías, en el Fondo Nacional del Ahorro – FNA o en el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA.

Que en medio de la crisis actual, resulta necesario generar mecanismos legales que permitan integrar tales excedentes al sector salud, cuando éstos no correspondan a obligaciones, derechos o prestaciones laborales de los servidores públicos del sector exigibles con cargo a dichos recursos, con el fin de permitir que, con la incorporación de los mismos, las entidades territoriales puedan asumir las obligaciones por concepto de atención a la población pobre no asegurada y por los servicios no incluidos en el POS-S.

Con fundamento en lo anterior, el presente decreto adopta las siguientes medidas excepcionales en materia de excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones – Aportes Patronales y su armonización con lo previsto en el Decreto 4976 de 2009:

DECRETA:

ARTÍCULO 1º.- DEPURACIÓN DE APORTES PATRONALES. Las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a Compensar o el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, según corresponda, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las entidades administradoras de pensiones tanto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como las de ahorro individual con solidaridad, y las administradoras de cesantías, incluido el Fondo Nacional del Ahorro, que hubieren recibido o que tengan en su poder recursos por concepto de aportes patronales del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones

para salud, contarán con quince (15) días hábiles posteriores a la expedición del presente decreto para determinar e informar al empleador, a la Superintendencia Financiera de Colombia, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social, el valor de los saldos excedentes de aportes patronales acumulados a junio 30 de 2009 y sus rendimientos financieros.

Dichos saldos serán girados a más tardar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al plazo previsto en el inciso anterior al patrimonio autónomo que, para el efecto, constituirá el Ministerio de la Protección Social en nombre de las entidades territoriales, con destinación específica para la financiación de las obligaciones pendientes de pago generadas por la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. Las entidades administradoras o aseguradoras definidas en el inciso anterior, realizarán los giros de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional. (Subrayas fuera de texto)

Una vez determinados y girados estos recursos, las entidades citadas en el inciso primero del presente artículo remitirán, para lo de su competencia, a la entidad empleadora, al Ministerio de la Protección Social, a las entidades territoriales correspondientes y a las Superintendencias Nacional de Salud y Financiera de Colombia, la información sobre los giros efectuados, certificando el valor de los excedentes y sus rendimientos financieros según lo que defina dicho reglamento.

En el evento en que las entidades a las que se refiere el inciso primero del presente artículo no cumplan con estas obligaciones en el plazo establecido para su cumplimiento, en adición al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley para las obligaciones de la seguridad social, la Superintendencia Nacional de Salud y la Superintendencia Financiera de Colombia procederán a aplicar las sanciones correspondientes e informarán de las mismas y de los hechos en los que se fundamentan a las autoridades respectivas.

PARÁGRAFO PRIMERO: Para los efectos del presente decreto, se entiende por saldos excedentes de aportes patronales aquellos montos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para Salud, asignados a las entidades territoriales y sus entes descentralizados para el pago de aportes patronales de los empleados del sector salud, incluidos sus rendimientos financieros, que habiendo sido recibidos como pago de la parte correspondiente al aporte del empleador para los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y cesantías, nunca fueron aplicados a empleado alguno, porque no existió tal empleado, porque éste se retiró de la entidad o de la administradora o aseguradora, porque el ingreso base de cotización del empleado era inferior al presupuestado y al considerado en la liquidación, porque se redujeron los costos laborales con disminución de los requerimientos de recursos para los aportes patronales, porque se desconoce la entidad por cuenta de la cual se recibieron los recursos, entre otros eventos similares, que generan exceso de recursos en poder de las aseguradoras o administradoras, sin obligaciones que correspondan a derechos o prestaciones laborales exigibles con cargo a estos recursos que deban atenderse a favor de servidores públicos del sector salud, sin que estos eventos afecten las condiciones de distribución de los saldos excedentes de aportes patronales, para lo cual se aplicará lo establecido en el artículo 5° del presente decreto.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Se presume la renuncia, en lo correspondiente, a los recursos de que trata el presente decreto, respecto de las obligaciones no incluidas en la relación de las mismas que deben enviar las entidades territoriales al Ministerio de la Protección Social, así como el hecho de que no se encuentren registrados en los estados financieros, subsistiendo entonces la obligación en

cabeza de la entidad territorial frente a los prestadores de que se trate, frente a los recursos de que trata el presente decreto.

Así mismo, se presumirá la renuncia a la acreencia en cabeza de la institución prestadora de servicios por la ausencia de registro de las acreencias en sus estados financieros, por los recursos de que trata el presente decreto.

En todo caso, el giro de los recursos de que trata este artículo, no exime a las entidades empleadoras del pago de la totalidad de aportes que presenten mora en el Sistema de Seguridad Social Integral y en cesantías y a las administradoras o aseguradoras en lo que les corresponda, ni podrá entenderse que afectan de manera alguna, las distribuciones del Sistema General de Participaciones realizadas en vigencias anteriores.

PARÁGRAFO TERCERO: Aquellas entidades que reciban los recursos a los que se refiere el presente decreto que perciban aportes de manera mensual pero cuya información detallada sólo se conozca anualmente, podrán realizar dos cortes, uno a diciembre 31 de 2008 y un segundo al 30 de marzo de 2010 que incluya todos los recursos de 2009.

ARTÍCULO 2°.- DEPURACIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS EXCEDENTES FUTUROS. A partir de la vigencia del presente decreto, las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a Compensar o el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, según corresponda, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las entidades administradoras de pensiones tanto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como las de Ahorro Individual con Solidaridad, y las administradoras de cesantías, incluido el Fondo Nacional del Ahorro, deberán realizar un proceso de depuración de aportes patronales con corte a 31 de octubre de cada año, dentro de los siguientes quince (15) días hábiles a dicho corte, para definir los saldos excedentes y proceder a su giro al encargo fiduciario de que trata el presente decreto, manteniendo su destinación para el cubrimiento de las prestaciones a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, a través del patrimonio autónomo al que se refiere el artículo primero y previa la aplicación del saneamiento de aportes patronales para cesantías, pensiones, salud y riesgos profesionales que se hayan causado, de la manera como lo señala el literal a) del párrafo del artículo 58 de la Ley 715 de 2001.

Para este efecto, las administradoras o aseguradoras liquidarán el valor que tiene causa en las afiliaciones y pagos periódicos recibidos, así como en novedades de ingreso, traslado o retiro, remitirán dicha liquidación al empleador, quien contará con un plazo improrrogable de quince (15) días hábiles siguientes a la recepción de dicha información, para aceptar o modificar la misma. De aceptarse las razones de la modificación, se ajustará el giro a dichos valores.

La ausencia de respuesta en este plazo implica ajustar con base en la información suministrada por la administradora o aseguradora, para el periodo siguiente, la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones para salud en el componente de prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que se destinará a aportes patronales.

Con base en la información definitiva obtenida de las administradoras o aseguradoras, el Ministerio de la Protección Social certificará al Departamento Nacional de Planeación el valor ajustado de los aportes patronales de conformidad con la regulación vigente para la vigencia correspondiente. (Subrayas fuera de texto).

ARTÍCULO 3°.- ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS. Los recursos de que trata el presente decreto, serán administrados a través de un patrimonio autónomo que el Ministerio de la Protección Social constituirá con la modalidad de contratación directa, con una sociedad fiduciaria pública. El objeto de dicho patrimonio autónomo será el recaudo de los recursos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones – Aportes Patronales, que las administradoras o aseguradoras a las que se refiere el artículo primero del presente decreto giren al mismo; la administración de tales recursos; la recolección, organización y consolidación de información; la obtención y verificación de los diferentes datos, soportes y elementos asociados a los giros de recursos; el giro de los valores que señale el Ministerio de la Protección Social a los prestadores de los servicios de salud o entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, que indiquen las entidades territoriales y la presentación de los reportes e informes requeridos. (Subrayas fuera de texto)

En el patrimonio autónomo habrá una cuenta global transitoria y una por cada uno de los departamentos y distritos, desde las cuales se procederá al pago de las obligaciones previstas en el artículo primero del presente decreto y por lo tanto los valores registrados en dichas cuentas pertenecen a cada una de las correspondientes entidades territoriales, sin que en ningún caso la Nación sea responsable por esas obligaciones.

La transferencia de recursos que deberán efectuar los municipios, departamentos y distritos, según lo previsto en el inciso 4° del artículo 1° del Decreto 4976 de 2009, se realizará directamente por dichas entidades territoriales al patrimonio autónomo de que trata el presente decreto.

La comisión de administración de los recursos por parte del patrimonio autónomo se pagará con cargo a éstos y a sus rendimientos financieros.

ARTÍCULO 4°.- VERIFICACIÓN DE REGISTROS CONTABLES PREVIOS.- Las entidades territoriales que no hayan registrado en sus estados financieros los pagos de obligaciones generadas por concepto de atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, financiadas con otras fuentes, deberán verificarlas y de no hallarse registradas procederán a hacerlo, previa la aplicación de los recursos de que trata el presente decreto y el Decreto 4976 de 2009.

ARTÍCULO 5°.- DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS. Los recursos excedentes de aportes patronales y los recursos a que se refiere el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, se destinarán en primer lugar al pago de las obligaciones registradas en los estados financieros con corte a 30 de junio de 2009, originadas en las deudas de las entidades departamentales y distritales con las instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS, por concepto de atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado prestadas a partir del 1° de enero de 2006, y con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado por concepto de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Los recursos que sean girados por las entidades administradoras o aseguradoras al patrimonio autónomo serán registrados en las cuentas de los departamentos o distritos cuando el aporte patronal asignado haya sido menor que la asignación que le correspondía por población a cargo, de acuerdo con lo previsto en la normatividad vigente al momento de la distribución, cuando aplique. En el caso de los recursos de los municipios certificados que cumplan la condición mencionada serán girados a la cuenta del departamento respectivo.

Cuando el valor del aporte patronal asignado haya sido mayor que el valor que le correspondía a la entidad territorial por población a cargo de acuerdo con lo previsto en la normatividad vigente al momento de la distribución, cuando aplique, para determinar la proporción de recursos que será registrada en las cuentas de los departamentos o distritos, el reglamento determinará una metodología que contemplará como máximo 5 rangos para asignar una fracción de los recursos excedentes en la cuenta del departamento o distrito donde se generó el aporte, y el saldo será registrado en la cuenta global para su posterior distribución.

El saldo resultado de la distribución prevista en el inciso anterior, más los recursos en los cuales se desconoce la entidad por cuenta de la cual se recibieron, serán distribuidos por el Conpes Social entre departamentos y distritos. Para el efecto, corresponderá a cada entidad territorial el monto que resulte de aplicar al total de los recursos a distribuir, la participación de la población afiliada al régimen subsidiado en cada entidad territorial en el total nacional, ajustada por un factor que pondera el monto de las deudas no financiadas a que hace referencia el inciso primero del presente artículo.

El factor que pondera las deudas no financiadas se calculará teniendo en cuenta las deudas depuradas, conciliadas, validadas y auditadas por la entidad territorial y revisadas por el Ministerio de la Protección Social, frente al total de las deudas bajo la misma condición de todas las entidades territoriales. El Ministerio de la Protección Social certificará al Departamento Nacional de Planeación la información requerida para la distribución aquí definida.

En segundo lugar, en caso que se presenten recursos excedentes del patrimonio autónomo en las cuentas de las respectivas entidades territoriales, estos se utilizarán según lo previsto en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 6°.- PROCEDIMIENTO DE PRESENTACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE CUENTAS Y PAGO DE LAS OBLIGACIONES. Para efectos de los pagos realizados con los recursos excedentes de aportes patronales y con los recursos a que se refiere el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, las entidades territoriales reportarán al Ministerio de la Protección Social a más tardar el 26 de febrero de 2010, una relación de las acreencias que se pretendan pagar con estos recursos a las instituciones prestadoras de servicios de salud y entidades promotoras de salud del régimen subsidiado que contenga, como mínimo, el concepto, el valor, el período en que se causaron y la identificación de dichas instituciones y entidades, de acuerdo con las instrucciones que expida el Ministerio de la Protección Social.

Simultáneamente, las entidades territoriales adelantarán la auditoría a las cuentas o acreencias que se pagarán con los recursos excedentes de aportes patronales y con los recursos a que se refiere el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, y las liquidarán a las tarifas definidas de acuerdo con la metodología que adopte el Ministerio de la Protección Social.

En el evento en que la entidad territorial no cuente con un convenio o acuerdo para la realización de la auditoría, lo celebrará a más tardar dentro del mes siguiente al inicio de la vigencia del presente decreto, con universidades públicas. El costo de esta auditoría podrá cofinanciarse con recursos de los rendimientos financieros generados con los excedentes de aportes patronales; en los casos en los cuales la entidad territorial ya contare con un convenio para la realización de la auditoría, podrá continuar, adicionar o prorrogar el mismo. Las firmas auditoras o las universidades públicas deberán contar con la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud.

El patrimonio autónomo girará directamente los recursos a los acreedores de las entidades territoriales de que trata el presente decreto.

ARTÍCULO 7°.- CRITERIOS DE UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS. Los saldos excedentes de aportes patronales financiados con recursos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones determinados de conformidad con el artículo primero del presente decreto, así como aquellos derivados de saldos de liquidación o excedentes de que trata el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, se utilizarán para el pago de obligaciones originadas en la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, priorizando las IPS públicas o privadas acreditadas, teniendo en cuenta el siguiente orden de prelación:

a) A las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado – EPS-S que hayan cubierto servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de salud del régimen subsidiado de salud, que demuestren el cumplimiento de los procedimientos definidos para el efecto. Estas entidades podrán acudir a mecanismos de pago tales como la subrogación o cesión de créditos.

b) A las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS públicas o privadas que hacen parte o no de la red de prestación de servicios definida por la entidad territorial que operan por fuera de la jurisdicción de la entidad territorial.

c) A las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS públicas o privadas que hacen parte o no de la red de prestación de servicios definida por la entidad territorial que operan dentro de la jurisdicción de la entidad territorial

d) A los operadores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas que sean objeto de procesos de intervención o liquidación.

ARTÍCULO 8°.- UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS EXCEDENTES DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO. Una vez cancelada la totalidad de las obligaciones correspondientes a cada entidad territorial, según lo previsto en el artículo anterior, los recursos remanentes en las respectivas cuentas serán destinados al pago de las nuevas obligaciones que hayan contraído los departamentos o distritos a partir del 1° de julio de 2009, derivadas de la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y a los eventos no incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, aplicando el mismo procedimiento y criterios de utilización descritos en el presente decreto hasta que se agoten los recursos de la correspondiente cuenta. Para estos efectos, el Ministerio de la Protección Social determinará la información que deberán acreditar las entidades territoriales, donde se evidencie la exigibilidad de tales obligaciones.

ARTÍCULO 9°.- PRESUPUESTACIÓN DE RECURSOS. Los recursos recibidos por las entidades territoriales en virtud de lo dispuesto en el presente decreto y en el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, deberán ser adicionados en sus respectivos presupuestos para efectos de su destinación para la financiación de las prestaciones a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

ARTÍCULO 10°.- EFECTOS DEL PAGO. Los pagos efectuados a las instituciones prestadoras de servicios de salud y a las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado por las entidades territoriales de conformidad con los artículos anteriores, implican que las obligaciones con ellos cubiertas quedan canceladas en su totalidad, por lo cual las entidades involucradas en tales obligaciones en

calidad de deudoras y de acreedoras deberán renunciar a cualquier reclamación posterior por los mismos hechos e incorporados en la misma factura.

Como consecuencia de lo anterior, una vez efectuado el giro, deberán ajustarse los estados financieros en lo correspondiente, cancelando las obligaciones y las acreencias correspondientes.

ARTICULO 11°.-VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el inciso 4° del artículo 1° de Decreto 4976 de 2009 y deroga el artículo 7° del Decreto 4976 de 2009.”

En síntesis, el Decreto Legislativo transcrito regula el régimen para la devolución de saldos excedentes de los aportes patronales de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social de los empleados de las entidades territoriales y sus entes descentralizados que prestan sus servicios en el sector salud; aportes o pagos que se realizaron con recursos del antiguo Situado Fiscal, hoy Sistema General de Participaciones.

Este régimen de devolución de excedentes estaba regulado por la Ley Orgánica 715 de 2001 y el Decreto Legislativo lo modifica como adelante se explicará.

El Decreto Legislativo ordena a las entidades administradoras y aseguradoras del régimen contributivo del Sistema de la Seguridad Social informar, girar o devolver en el término de quince (15) días hábiles posteriores a su expedición -18 de enero de 2010- los denominados “saldos excedentes” a un patrimonio autónomo so pena de sanciones.

Los “saldos excedentes” según el Decreto Legislativo, refieren al mayor valor de las cotizaciones, pagado con cargo a los recursos del Situado Fiscal o del Sistema General de Participaciones, a Empresas Promotoras de Salud (EPS), Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías (AFP) y Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP) por concepto de aportes patronales en salud, pensión, riesgos profesionales, así como del auxilio de cesantía de los empleados que prestan sus servicios en el sector salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados.

El Decreto Legislativo previó dos momentos diferentes para el giro de los saldos excedentes al patrimonio autónomo: **el primero** (artículos 1º, 3º a 10), cuyo término es dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su expedición, giro que no se somete al régimen de depuración de los “saldos excedentes” prevista

por la Ley Orgánica 715 de 2001; **el segundo** (artículo 2º), refiere a la depuración automática de saldos excedentes **futuros**, que se realizaría “con corte a 31 de octubre de cada año”, pero después de realizado el primer giro y una vez se hayan agotado estos recursos³. Esta depuración de “saldos excedentes futuros” **sí** será realizada “de la manera como lo señala el literal a) del párrafo del artículo 58 de la Ley 715 de 2001.”⁴, por tanto, sólo para los giros futuros, es decir, para los que se realicen después del 31 de octubre de 2010, se vuelve a la regla prevista en la Ley Orgánica 715 de 2001 para el saneamiento de los “saldos excedentes”.

Estos recursos o saldos excedentes del primer giro, según la nueva destinación prevista en el Decreto Legislativo 073 de 2010, deberán ser situados a un patrimonio autónomo antes del 8 de febrero de 2010⁵ con destino a cubrir las obligaciones de salud pendientes de las mismas entidades territoriales con las diferentes EPS e IPS que atienden el régimen subsidiado.

II. EL TEXTO DEL DECRETO REVISADO OBJETO DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

“MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DECRETO NÚMERO 1163 DE 2010

(13 ABR 2010)

Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 073 de 2010 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el artículo primero del Decreto Legislativo 073 de 2010, y

CONSIDERANDO:

Que el Gobierno Nacional con ocasión de la declaratoria de Emergencia Social, expidió mediante el **Decreto Legislativo 073 de 2010**, medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones - Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado;

³ Recuérdese que conforme con las previsiones del artículo 1º del Decreto Legislativo 073 de 2010, el primer giro se debe realizar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de expedición del Decreto, es decir, los recursos se deben girar al patrimonio autónomo entre el 19 de enero y el 8 de febrero de 2010.

⁴ Artículo 2º del Decreto Legislativo 073 de 2010.

⁵ 15 días hábiles después de la expedición del Decreto Legislativo 073 de 2010.

Que de acuerdo con lo establecido en el citado decreto, el giro de los recursos por parte de las entidades administradoras o aseguradoras al patrimonio autónomo constituido por el Ministerio de la Protección Social en nombre de las entidades territoriales, se debe realizar de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional;

En mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1°. Alcance. El presente decreto aplica a todas las entidades empleadoras que hayan sido o sean objeto de asignación de recursos del Situado Fiscal o del Sistema General de Participaciones –Aportes Patronales, a las administradoras y aseguradoras de que trata el artículo 1° del Decreto 073 de 2010, así como a las entidades territoriales.

Artículo 2°. Saldos excedentes. Constituyen saldos excedentes de aportes patronales los montos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para Salud, que de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 1° del Decreto-ley 073 de 2010, no pudieron ser aplicados a empleado alguno por las razones previstas en dicha disposición, y no amparan derechos o prestaciones laborales exigibles.

No constituyen saldos excedentes, aquellos recursos que fueron girados a las entidades aseguradoras o administradoras para el pago de aportes patronales de funcionarios identificados de manera individual, los que se encuentran causados en cabeza de cada beneficiario, los que han sido transferidos en virtud de convenios de concurrencia para el pago de pasivos prestacionales, o los que amparan prestaciones laborales exigibles como las destinadas a financiar el auxilio de cesantías.

Tampoco constituyen saldos excedentes, los valores incorporados en las actas de conciliación o certificaciones de saneamiento de aportes patronales que se hubieran suscrito con anterioridad a la vigencia del presente decreto, así como aquellos aportes de las empresas sociales del Estado u hospitales públicos en proceso liquidatorio, de reestructuración de pasivos o intervenidos por la Superintendencia Nacional de Salud.

No será objeto de giro por parte de las administradoras o aseguradoras el monto de la reserva que se constituirá en las condiciones definidas en el artículo 4° del presente decreto, la cual permanecerá en cabeza de las administradoras o aseguradoras por un plazo máximo de tres (3) meses a partir de la publicación del presente decreto.

Artículo 3°. Reglas para el giro de recursos. Las entidades administradoras o aseguradoras que tengan en su poder los saldos excedentes de que trata el artículo anterior deberán realizar el giro de los recursos a la cuenta del patrimonio autónomo, que les informe para el efecto el Ministerio de la Protección Social, a más tardar el segundo (2o) día hábil siguiente a la publicación del presente decreto.

Dentro del día hábil siguiente al giro de los recursos, las administradoras y aseguradoras deberán enviar a las entidades empleadoras, a la dirección departamental o distrital de salud, según sea el caso, al Ministerio de la Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Superintendencia

Financiera de Colombia un informe, para lo de su competencia, que contendrá la siguiente información:

- a) Nombre y número de identificación tributaria de la administradora o aseguradora.
- b) Nombre y código del departamento, distrito o municipio al que corresponde el saldo excedente de aporte patronal, utilizando la codificación definida por el DANE.
- c) Nombre y número de identificación tributaria de la empresa social del Estado, hospital público o entidad empleadora a la que corresponda el saldo excedente de aporte patronal.
- d) Valor del saldo excedente del aporte patronal por entidad empleadora, desagregándolo por vigencia y de manera separada por cada sistema, descontada la reserva establecida en el artículo 4° del presente decreto.
- e) Valor de los rendimientos financieros del saldo excedente del aporte patronal, desagregándolo por cada sistema.
- f) Informe del valor que se dejó en la reserva allegando los soportes que justifiquen el monto reservado.

La información de que trata el presente artículo se remitirá por los medios y en los formatos que establezca para el efecto el Ministerio de la Protección Social, y se le deberá anexar fotocopia de los soportes del giro de recursos realizados a la cuenta del patrimonio autónomo.

La Superintendencia Nacional de Salud y la Superintendencia Financiera de Colombia podrán solicitar información adicional, si así lo consideran.

Parágrafo 1°. Para los efectos previstos en el inciso 4° del artículo 1° del Decretoley 073 de 2010 se entenderá que no hay responsabilidad de la aseguradora o administradora y por tanto, no habrá lugar a la aplicación de los intereses y sanciones allí previstos cuando la depuración de la información o el giro del saldo de excedentes no puedan cumplirse en el plazo previsto, por circunstancias ajenas a la administradora o aseguradora. Lo anterior sin perjuicio de que la aseguradora o administradora certifique nuevamente el valor a girar, una vez aplicadas las exclusiones de que trata el artículo 2° del presente decreto, a las entidades empleadoras, al Ministerio de la Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo 2°. En el caso de los recursos de saldos excedentes de aportes patronales que las administradoras de planes de beneficios hubieren girado al Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga, el informe de que trata el presente artículo incluirá además la identificación de las declaraciones de giro y compensación en las cuales se hubieran entregado estos recursos a dicho fondo y el valor de los mismos. Con base en esta información, el Fosyga, procederá al giro correspondiente al patrimonio autónomo. (Subrayas fuera de texto).

Artículo 4°. Recursos de pensiones por reclasificar. En relación con los saldos de aportes patronales para pensiones, cuando la entidad empleadora se encuentre al día en el pago del aporte correspondiente al servidor público, pero no se haya llevado a cabo la conciliación de saldos, cumpliendo con la obligación que les asiste como administradoras o aseguradoras, las aseguradoras o administradoras deberán estimar con base en los valores reportados por el empleador en la correspondiente autoliquidación de aportes, el valor de los aportes patronales, los que no constituyen excedentes pues están destinados a cubrir una obligación exigible.

Si la entidad empleadora estuviera en mora en el pago de los aportes correspondientes al servidor público y existieren recursos no aplicados o conciliados, la administradora o aseguradora, deberá realizar una estimación del aporte patronal, teniendo en cuenta los afiliados y el ingreso base de cotización a ella reportados por el respectivo empleador en lo que toca a las eventuales obligaciones exigibles en los últimos tres (3) años o menos, valor que se mantendrá en reserva en los términos del inciso siguiente, con el propósito de garantizar los derechos laborales de los servidores públicos del sector salud.

La administradora o aseguradora deberá Constituir una reserva para los efectos previstos en el presente artículo, la cual deberá mantenerse por un período máximo de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto, vencido el cual los recursos deberán ser clasificados como saldos excedentes o destinados al pago de los aportes o prestaciones, según sea el caso.

Artículo 5°. Procedimiento para la reclasificación de saldos de pensiones.

Las entidades administradoras y aseguradoras, deberán realizar dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente decreto, la reclasificación de los saldos de los aportes patronales para pensiones con las entidades empleadoras, debiéndose suscribir las actas o certificaciones respectivas por ambas partes, las cuales deberán ser avaladas por el departamento o distrito correspondiente. En el caso de las entidades empleadoras del nivel municipal de municipios certificados para el manejo autónomo de los recursos, deberá contar con el aval del municipio y del respectivo departamento.

Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación del proceso de reclasificación de dichos saldos los departamentos y distritos deberán enviar al Ministerio de la Protección Social, un certificado que contenga por cada entidad empleadora de su jurisdicción, como mínimo la siguiente información:

1. Saldo de aporte patronal que se constituye en saldo excedente, si lo hubiere, identificando cada una de las administradoras y aseguradoras.
2. Saldo de aporte patronal en contra de la entidad empleadora para cada una de las administradoras y aseguradoras, si lo hubiere.
3. Balance frente a los recursos constituidos como reserva y a los girados como saldos excedentes al patrimonio autónomo, por cada una de las administradoras y aseguradoras, a nombre de la entidad empleadora.

A la mencionada certificación se le deberá adjuntar copia de las actas de conciliación o certificaciones suscritas por la entidad empleadora y administradora o aseguradora, y el consolidado que contenga la información certificada por cada entidad empleadora de la jurisdicción del departamento o distrito.

Si como resultado del anterior proceso de reclasificación se encuentra que fueron girados al patrimonio autónomo, recursos que corresponden a derechos o prestaciones laborales a favor de empleados del sector salud, los mismos se reintegrarán a la administradora o aseguradora respectiva dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la solicitud de giro presentada por el representante legal del departamento o distrito, indicando el nombre de la entidad administradora o aseguradora, el monto a girar y la relación del valor correspondiente señalando el nombre y la identificación de cada funcionario.

La solicitud de giro no podrá sobrepasar el valor girado al patrimonio autónomo a nombre de la entidad empleadora respectiva. Si a pesar de efectuado el giro, aún

continúan saldos en contra de la entidad empleadora, esta será responsable del pago de los mismos.

Si culminado el proceso de reclasificación quedaren en las administradoras o aseguradoras, valores que no pueden ser aplicados a empleado alguno por parte de alguna de las administradoras o aseguradoras, estos valores se considerarán saldos excedentes de aportes patronales, y deberán ser girados de manera inmediata al patrimonio autónomo, con el reporte de información establecido en el artículo 3° del presente decreto.

Si en cualquier evento se generan saldos a favor de la empresa social del Estado o del hospital público, que hayan sido ejecutados en su totalidad de acuerdo con las actas de liquidación de los contratos de prestación de servicios suscritos con las entidades territoriales, serán girados por parte del patrimonio autónomo a la empresa social del Estado o al hospital público, previa la presentación de la certificación que trata el segundo inciso del presente artículo y el envío de las actas de liquidación de los contratos de prestación de servicios correspondientes.

Para el efecto, el representante legal del departamento o distrito deberá presentar la solicitud de giro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a culminado el proceso de reclasificación, sin superar los tres (3) meses ya establecidos, al tiempo que el Ministerio de la Protección Social dará instrucciones al patrimonio autónomo para girar los recursos que correspondan a las entidades respectivas, dentro de los 15 días hábiles siguientes.

En el proceso de reclasificación de saldos de pensiones se deberán incluir los valores correspondientes a los aportes consignados ante el Instituto de Seguros Sociales, por concepto de las cotizaciones de los trabajadores del Sector Salud, de las vigencias fiscales consideradas como período de transición mientras se produjo la afiliación efectiva de los funcionarios al Sistema General de Pensiones. (Subrayas fuera de texto).

Artículo 6°. Procedimiento simplificado para reclasificación de saldos de pensiones. Si al mes de publicado el presente decreto, la entidad administradora o aseguradora no ha iniciado, por solicitud de la entidad empleadora, el proceso de reclasificación de saldos de pensiones, las administradoras o aseguradoras deberán realizar un procedimiento simplificado, para lo cual, liquidarán el valor que tiene causa en las afiliaciones y pagos periódicos recibidos, así como en novedades de ingreso, traslado o retiro que tengan disponibles y remitirán dicha liquidación al empleador dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha antes indicada con copia al departamento o distrito correspondiente. El empleador contará con un plazo improrrogable de quince (15) días hábiles siguientes a la recepción de dicha información, para aceptar o modificar la misma. De no presentarse observación alguna o guardar silencio el empleador, quedará en firme la reclasificación realizada por la administradora y aseguradora. De presentarse observaciones, estas deberán ser resueltas dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción.

El estado de cuenta definitivo resultante de este proceso deberá ser enviado al departamento o distrito, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su culminación, teniendo en cuenta los términos antes descritos. El departamento o distrito deberá proceder al trámite establecido en el inciso segundo del artículo 5° del presente decreto.

Parágrafo. Para realizar lo previsto en el presente artículo, las administradoras o aseguradoras, deberán cruzar información entre ellas, que permita dicho trámite.

Artículo 7°. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, y deroga todas las normas que le sean contrarias.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.
Dado en Bogotá, D. C., a 13 días de abril de 2010.”

Mediante este decreto el Gobierno Nacional reglamentó **el primer giro** que se debe realizar de los denominados “saldos excedentes” por aportes patronales; precisó que ese primer giro de recursos al patrimonio autónomo se debe realizar “a más tardar el segundo (2º) día hábil siguiente a la publicación del presente decreto”⁶, es decir, el 15 de abril de 2010; definió que las previsiones del Decreto Legislativo 073 de 2010 se aplican a todas las entidades empleadoras – territoriales y sus entes descentralizados- objeto de asignación de recursos del Situado Fiscal o del Sistema General de Participaciones por Aportes Patronales girados directamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, de Riesgos Profesionales; al Fondo Nacional del Ahorro y a las Entidades Promotoras de Salud⁷.

Precisa la definición del concepto de saldos excedentes del parágrafo primero del artículo 1º del Decreto Legislativo 073 de 2010⁸.

Prevé el procedimiento para la devolución de los saldos excedentes de las entidades administradoras o aseguradoras del sistema de seguridad social (AFP, ARP y EPS) al patrimonio autónomo (artículo 3º); y por último, establece un procedimiento para la reclasificación de los saldos excedentes provenientes de aportes patronales pero únicamente referidos el Sistema de Pensiones “dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente decreto”, es decir, desde el 13 de abril hasta el 13 julio de 2010, con la limitante de que tampoco está prevista la posibilidad de realizar depuración de recursos entre las diferentes Administradoras de Pensiones si existen faltantes en una (por cotizaciones en mora) y sobrantes en otra (por saldos excedentes) (artículos 4º, 5º y 6º).

En síntesis, en desarrollo del Decreto Legislativo 073 de 2010 el decreto reglamentario ordena la transferencia de recursos de los saldos excedentes

⁶ Artículo 3º.

⁷ Artículo 1º.

⁸ Artículo 2º.

primigenios del régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social Integral acumulados al 29 de junio de 2009 para que el patrimonio autónomo los destine a pagar obligaciones en mora del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Nótese que el Decreto Reglamentario 1163 de 2010 se limita a desarrollar exclusivamente las reglas para el primer giro de los recursos de las entidades administradoras y aseguradoras del Sistema de Seguridad Social Integral al patrimonio autónomo (que según el Decreto Legislativo se debía realizar antes del 8 de febrero de 2010, término que extendió el Decreto Reglamentario al 15 de abril de 2010); habida cuenta de que los considerados “saldos excedentes futuros” por expresa disposición del artículo 2º del Decreto Legislativo 073 de 2010 se girarán después del 31 de octubre de 2010, una vez se realice su depuración conforme con las reglas previstas por el artículo 58 de la Ley 715 de 2010, fecha en la que ya se estarán los recursos del primer giro en el patrimonio autónomo.

Ahora, la reclasificación de aportes patronales para pensión contenida en los artículos 4º al 6º (que no corresponde a la prevista por el artículo 58 de la Ley 715 de 2001) está referidas únicamente al primer giro, porque el término de tres (3) meses previsto por el artículo 5º para la reclasificación culminó el 13 de julio de 2010, fecha anterior a la de los “saldos excedentes futuros”, que como se dijo serán girarán después del 31 de octubre de 2010. Igual acontece con el denominado “procedimiento simplificado para reclasificación de saldos de pensiones” previsto por el artículo 6º, cuyos términos se agotan antes del 31 de octubre de 2010.

III. INTERVENCIONES

3.1. Intervención del Ministerio de la Protección Social

La Directora General de Financiamiento indicó que de conformidad con la Ley 715 de 2001 el procedimiento mediante el cual se calculan y giran los aportes patronales se funda en un reporte que hace cada una de las entidades territoriales beneficiarias del SGP- Aportes Patronales, que se consolida por cada departamento, y se envía al Ministerio de la Protección Social para que al año siguiente, previa aprobación del Conpes, se gire mensualmente a cada entidad

administradora de los subsistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y cesantías el valor definido en doceavas partes iguales.

Señaló que el anterior procedimiento presenta varios inconvenientes; el primero, referido a la movilidad de los trabajadores, habida cuenta de que ellos pueden retirarse de la entidad en cualquier momento a pesar de que su aporte patronal se calculó por un año; además, conforme con nuestra legislación los empleados pueden libremente cambiar de administradoras.

Explicó que otro problema es que las entidades territoriales beneficiarias del SGP por Aportes Patronales calculan el valor de las cotizaciones con fundamento en plantas de personal que incluyen vacantes que aspiran cubrir en el corto plazo pero que a la postre no resultan provistas en el término estimado.

Adujo que a las anteriores dificultades se debe sumar la falta de diligencia de algunas entidades territoriales para enviar a cada administradora de los subsistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales las autoliquidaciones correspondientes a cada período de cotización, así como el pago de las alícuotas de los aportes que se les descuentan a los trabajadores, razón por la cual no se puede registrar el pago como un aporte patronal.

Resaltó que las entidades territoriales en su calidad de empleadores no cumplieron con su obligación de realizar auditoria, seguimiento y control a los recursos girados por la Nación (SGP – Aportes Patronales) como aportes patronales a las administradoras del sistema de seguridad social. En consecuencia, existen importantes diferencias en favor de las entidades territoriales que no se han sido reclamadas a las diferentes administradoras.

Concluyó que el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto Legislativo 073 de 2010 y de su Decreto Reglamentario 1163 pretende que las entidades administradoras giren los excedentes que se pagaron con recursos del Sistema General de Participaciones destinados a cubrir aportes patronales.

Agregó que previamente a la expedición de los decretos se realizaron las publicaciones de sus textos y se atendieron debidamente las consultas de los ciudadanos y de los diferentes actores del sistema. (fls. 36 a 41)

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que solicitó que se declare la nulidad del Decreto 1163 de 2010.

Luego de transcribir apartes del concepto 1737 de 18 de mayo de 2006 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil que se ocupa de la imposibilidad para el Gobierno Nacional de crear rubros presupuestales, efectuar transferencias o desembolsos a cuentas inexistentes o hacer deducciones en rubros presupuestales que no están autorizados expresamente por la ley; y de la sentencia C-1154 de 2008 de la Corte Constitucional que refiere a los antecedentes de la creación del Sistema General de Participaciones, su objeto, su conformación, así como la protección constitucional reforzada de los recursos del Sistema General de Participaciones en comparación con los demás recursos públicos del Presupuesto General de la Nación, señaló que las disposiciones del Decreto 1163 de 2010 desconocen “la titularidad y manejo de tales recursos [se refiere a los que provienen del Sistema General de Participaciones] cuya protección es superlativa, **es del resorte exclusivo de las entidades territoriales.**”

Con fundamento en lo anterior, consideró que el Ejecutivo, aun en el Estado de Emergencia Social, no puede desconocer que la administración de los recursos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones es de las entidades territoriales y no del Gobierno Nacional. (fls. 22 a 34)

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de de 1994 “Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia”, compete al Consejo de Estado realizar el control inmediato de legalidad respecto de las medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos proferidos durante los estados de excepción.

El texto del Decreto 1163 de 13 de abril de 2010 fue enviado por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para efectos del control inmediato de legalidad. (fls. 1 a 8)

Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo observa que el decreto objeto de estudio es un acto administrativo de carácter general, reglamentario del Decreto Legislativo 073 de 2010, proferido en ejercicio de las facultades del Estado de Emergencia Social declarado mediante el Decreto 4975 de 2010.

En primer orden es necesario anotar que la Sala para efectos del Control Inmediato de Legalidad no se limitará a la mera confrontación de la norma sometida a control con el decreto legislativo que reglamenta, sino que además, como corresponde el examen comprenderá la eventual transgresión del ordenamiento jurídico en los aspectos que serán objeto de estudio.

Sobre este tema ha definido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

“...el control de legalidad que ejerce esta jurisdicción sobre los actos administrativos de carácter general dictados en desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los Estados de Excepción es integral, es decir, incluye la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, al 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.”⁹ (Negrillas fuera del texto)

5.2. Declaración del Estado de Emergencia Social.

El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, el 23 de diciembre de 2009 expidió el Decreto 4975 mediante el cual declaró el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días contados a partir de la vigencia de dicho Decreto.

El Gobierno Nacional fundó la declaratoria del Estado de Emergencia Social por el riesgo en el equilibrio económico del Sistema de Salud, principalmente porque de manera sobreviniente, inusitada y generalizada debe suministrar medicamentos y servicios no incluidos en el P.O.S; gastos que no fueron previstos en los cálculos económicos que se realizaron para la aprobación de la Ley 100 de 1993.

Para conjurar la situación descrita, con la declaratoria del Estado de Emergencia Social el Gobierno Nacional pretende “adoptar medidas inmediatas tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso, condiciones, límites, fuentes de financiación y mecanismos para la prestación de servicios de salud y provisión de medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, así como “reasignar, redistribuir y racionalizar los recursos y las fuentes de financiación del Sistema o del sector salud, fortalecer los mecanismos de control a la evasión y elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector y crear nuevas fuentes, con el fin de evitar su inminente desfinanciación y garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud”.

5.3. Norma reglamentada por el acto objeto de control

En desarrollo del Decreto 4975 de 2009 se profirieron, entre otros, el Decreto Legislativo 073 de 18 de enero de 2010 “Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones - Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, y se dictan otras disposiciones”, norma que fue expedida por el Presidente de la República con la firma de todos los ministros y publicada en el Diario Oficial 47.596 de 18 de enero de 2010.

5.4. Pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de los decretos referidos en precedencia

5.4.1. La Corte Constitucional en sentencia C-252 de 2010 declaró inexecutable el Decreto 4975 de 2009 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”, pero difirió los efectos de la inexecutableidad respecto de las normas contenidas en

⁹ Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. CA- 011, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque.

decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud.

Para la Corte “El Gobierno en el marco de sus competencias dispone de los mecanismos ordinarios que le confiere la Constitución y la Ley, con mensaje de urgencia, para enfrentar a corto plazo la mayor agravación de la situación deficitaria que se expone por el Gobierno. El Congreso de la República debe hacer lo necesario por acelerar la discusión de estas medidas, siempre que lo encuentre necesario para garantizar, con sujeción a la Constitución, el goce efectivo del derecho a la salud de toda la población colombiana.

Conforme a lo anterior, la declaratoria de la emergencia social no cumple los presupuestos materiales para la declaración del estado de emergencia social. Específicamente, no se está en presencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios, lo cual por sí sólo haría inexecutable el decreto. Y siguiendo el análisis constitucional tampoco se supera el juicio de suficiencia toda vez que el Gobierno cuenta con mecanismos ordinarios para remediar la actual situación. Por lo anterior, resulta inexecutable el decreto declaratorio.”

5.4.2. Posteriormente, en sentencia C-399 de 26 de mayo 2010¹⁰, fallo que ya fue publicado y notificado, la Corte Constitucional declaró inexecutable el Decreto Legislativo 073 de 2010¹¹, porque “... **los recursos generados por este Decreto no tienen el carácter de fuentes tributarias nuevas** que se destinen al pago de las obligaciones de las entidades territoriales con las instituciones prestadoras de servicios de salud –IPS-, por concepto de atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. Por lo tanto respecto de estos recursos no opera la posibilidad de otorgarles los efectos diferidos autorizados en la sentencia C-252/10.” (Negritas y subrayas fuera del texto)

5.5. Cuestión previa.

¹⁰ Su texto integral puede consultarse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-399-10.htm>

¹¹ “Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones – Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, y se dictan otras disposiciones”

Como la Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2010, que declaró inexecutable el Decreto 4975 de 2009, no precisó sus efectos respecto de las disposiciones legales dictadas en ejercicio de la Emergencia Social, cuando los recursos allí regulados **no** establecen ni provienen de nuevas fuentes tributarias orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud, y en la sentencia C-399 de 2010, que declaró inexecutable el Decreto Legislativo 073 de 2010, tampoco determinó los efectos del fallo en el tiempo; de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996¹² y 21 del Decreto 2067 de 1991¹³, se entienden que los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad son hacia el futuro. Entonces, sólo a partir de la fecha en que se notificó la sentencia de inexecutable del Decreto Legislativo 073 de 2010 el decreto reglamentario objeto de examen perdió fuerza ejecutoria por la declaratoria de inexecutable de su fundamento de derecho (artículo 66-2 del C.C.A.).

Por lo anterior, pese al decaimiento del Decreto 1163 de 13 de abril de 2010, esta circunstancia no es óbice para realizar el control de legalidad del referido decreto reglamentario por cuanto nació a la vida jurídica y a pesar de su breve vigencia produjo efectos jurídicos.¹⁴

5.6. Normas que regulan el pago de aportes patronales con recursos del Sistema General de Participaciones antes de la expedición del Decreto Legislativo 073 de 2010.

Es importante advertir que mediante el Acto Legislativo 01 de 2001 se reformaron los artículos 356 y 357¹⁵ de la Constitución Política, y con ello perdió vigencia la noción de Situado Fiscal y se creó el denominado Sistema General de Participaciones. Mediante el referido acto legislativo el constituyente estableció el procedimiento para transferir recursos de la Nación a las diferentes entidades

¹² **“REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.** *Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tiene efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.”*

¹³ *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional [...] Los fallos de la Corte solo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria.”*

¹⁴ Respecto de la competencia del Consejo de Estado para conocer y resolver sobre la legalidad de actos que perdieron vigencia por pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento, pueden verse, entre otras, las sentencias de la Sala Plena de 16 de junio de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00108-00(CA) y de 11 de agosto de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00304-00(CA)

¹⁵ Conviene precisar que estos artículos fueron igualmente modificados por los Actos Legislativos 02 y 04 de 2007.

territoriales con el propósito de financiar los servicios a su cargo en las áreas de: salud, educación, agua potable y saneamiento básico, entre otras.

De igual forma, el legislador para desarrollar el Sistema General de Participaciones profirió la Ley Orgánica 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.”¹⁶

En virtud de las normas de esta ley que garantizan el oportuno cumplimiento de los derechos sociales de los servidores públicos de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados¹⁷, se dispuso que el pago de la parte que corresponde a los aportes patronales de sus cotizaciones al Sistema de Seguridad Social (salud, pensión, riesgos profesionales), así como su auxilio de cesantía, se realice con recursos del Sistema General de Participaciones, concretamente, de la participación con destinación específica para el sector salud.

En efecto, los artículos 53¹⁸ y 58¹⁹ de la Ley Orgánica 715 de 2001, prevén que los recursos son girados directamente por la Nación a los Fondos de Pensiones y Cesantías –AFP-, a las Entidades Promotoras de Salud –EPS- y a las Administradoras de Riesgos Profesionales –ARP- a las que se encuentren

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial No 44.654 de 21 de diciembre de 2001.

¹⁷ Que trabajan en la red pública de salud, en las direcciones o secretarías departamentales, distritales y municipales de salud, entre otros.

¹⁸ “**TRANSFERENCIAS DE LOS RECURSOS.** La apropiación de los recursos del Sistema General de Participaciones para salud se hará sobre la base del 100% del aforo que aparezca en la Ley de Presupuesto.

Los giros se deberán efectuar en los diez (10) primeros días del mes siguiente al que corresponde la transferencia, a los fondos que para el efecto deben crear y organizar las entidades territoriales.

Los giros correspondientes a los aportes patronales se harán directamente a la entidad u organismo que administra las pensiones, cesantías, salud y riesgos profesionales del sector salud de las entidades territoriales, en la forma y oportunidad que señale el reglamento.”

¹⁹ “**DE LOS APORTES PATRONALES.** Las sumas correspondientes a los recursos que las entidades territoriales y sus entes descentralizados, deben destinar como aportes patronales de los empleados del sector salud, que se venían financiando con los recursos del situado fiscal, deberán ser pagadas con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones de salud y deben ser giradas directamente por la Nación a los Fondos de Pensiones y Cesantías, Administradoras de Riesgos Profesionales y a las Entidades Promotoras de Salud a las cuales se encuentren afiliados los trabajadores.

Los recursos a los que se refiere el presente artículo se presupuestarán y contabilizarán sin situación de fondos, por parte de las entidades territoriales y sus entes descentralizados.”

afiliados los trabajadores del sector salud de las entidades territoriales.

Cuando el monto contabilizado y girado por la Nación supera la cuantía de los aportes patronales, estos recursos excedentes deben destinarse al saneamiento de las siguientes obligaciones en mora de los trabajadores, en su orden:

- i) cesantías, luego pensiones, en seguida salud y finalmente riesgos profesionales causados a partir de 1994;
- ii) si después de realizado el anterior procedimiento subsisten recursos o saldos excedentes, éstos deben ser solicitados por cada entidad territorial titular y beneficiaria para que se adicionen a su presupuesto y financien exclusivamente la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda²⁰, según su propio criterio y necesidades.

Es importante agregar que la Ley Orgánica 715 de 2001 no fijó ningún criterio de prelación de pagos o inversiones con los saldos excedentes referidos a la prestación de servicios de salud a la población pobre.

Por lo anterior, el Ministerio de la Protección Social por Resolución 0003815 de 28 de noviembre de 2003²¹ reglamentó los literales a) y b) del párrafo del artículo 58 de la Ley 715 de 2001 con el propósito de que las entidades territoriales que actúan como empleadoras verifiquen los saldos a favor o en contra por concepto de aportes patronales y saneen las obligaciones en mora para con sus trabajadores con las diferentes administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral en el siguiente orden:

- i) auxilio de cesantías;

²⁰ Al respecto el párrafo del artículo 58 prevé:

“PARÁGRAFO. Cuando una entidad beneficiaria del Sistema General de Participaciones, haya registrado en los años anteriores a la vigencia de la presente ley, excedentes por el pago de aportes patronales deberá destinarlos así:

a) A sanear el pago de los aportes patronales para cesantías, pensiones, salud y riesgos profesionales causados a partir de 1994, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Salud;

b) Una vez efectuado el saneamiento de los aportes patronales, los saldos existentes podrán ser solicitados por la entidad territorial y adicionados a su presupuesto para financiar la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, de acuerdo con el reglamento que expida el Ministerio de Salud.”

²¹ Publicada en el Diario Oficial No. 45.392, de 5 de diciembre de 2003.

ii) cotizaciones a los sistemas de pensiones;

iii) salud,

iv) riesgos profesionales;

iii) si después de efectuado el saneamiento resultará que aún existen excedentes la entidad territorial podrá solicitar su devolución con sus rendimientos financieros a las entidades administradoras y proceder a su incorporación en el presupuesto para destinarlos a financiar los servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

Con posterioridad, para regular la forma y la oportunidad de efectuar los giros de los aportes patronales del Sistema General de Participaciones para Salud previsto por la Ley 715 de 2001 y la posterior devolución de saldos excedentes a favor de las entidades territoriales, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1636 de 26 de mayo de 2006²², que de manera concreta, respecto de la devolución de saldos o excedentes que se generan de los aportes patronales de las entidades territoriales por el pago que realiza la Nación a cada administradora del Sistema de Seguridad Social con los recursos del Sistema General de Participaciones de Salud, el Decreto 1636 de 2006 dispuso que mensualmente antes de la devolución las entidades empleadoras deben conciliar sus autoliquidaciones con los estados de cuenta de aportes generados por cada administradora del Sistema de Seguridad Social, así:

a) si existen faltantes en una entidad administradora y sobrantes en otra, la entidad empleadora –como titular - debe solicitar el traslado de recursos entre administradoras;

b) de persistir el faltante la entidad territorial deberá cubrirlo con recursos propios; no obstante, si existen saldos excedentes, deben aplicar dichos recursos al pago de sus obligaciones por aportes patronales de vigencias anteriores si las tuvieren (todo lo anterior está destinado a financiar el régimen contributivo);

c) si realizado lo anterior quedaren saldos excedentes, las entidades territoriales y sus entes descentralizados –como titulares de estos recursos-

²² Publicado en el Diario Oficial No. 46.280 de 26 de mayo de 2006.

pueden solicitar su devolución a cada administradora del Sistema de Seguridad Social (artículo 10), recursos que deben ser adicionados a sus presupuestos y que a la postre deben financiar la prestación de servicios de salud a la población pobre (régimen subsidiado), sin que la ley le fije una destinación y prelación especial.

Cuando exista la obligación de devolver saldos o recursos excedentes en favor de las entidades empleadoras -entidades del nivel territorial y sus entes descentralizados-, las Entidades Promotoras de Salud, EPS, las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías liquidarán, reconocerán y pagarán rendimientos equivalentes a la rentabilidad obtenida por la administradora en la gestión de sus recursos, certificada por el revisor fiscal (artículo 12).

El Decreto 1636 de 2006, en cita, de manera alguna modificó ni podía modificar **la destinación** y distinta aplicación de los saldos excedentes de los recursos girados por concepto de aportes patronales para el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social de los trabajadores del sector salud de las entidades territoriales.

Posteriormente el artículo 32 de la Ley 1176 de 2007²³ adicionó el parágrafo 2º al artículo 58 de la Ley 715 de 2001 referido a que los recursos de los aportes patronales de las entidades territoriales se presupuestan y se contabilizan sin situación de fondos; no obstante, la Nación hace los giros de las cotizaciones que corresponde al aporte del empleador según los datos o la información que para el efecto suministren las entidades territoriales beneficiarias. Pese a que el aporte patronal lo gira la Nación, la cotización al Sistema de Seguridad Social Integral se realiza por cuenta del empleador, es decir, las entidades territoriales y sus entes descentralizados.

Para desarrollar los Decretos 1465 de 2005 y 1931 de 2006²⁴ el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución 2527 de 25 de julio 2007 “Por la cual se establece el procedimiento para la autoliquidación y pago a través de la Planilla Integrada de liquidación de Aportes de los Aportes Patronales regulados mediante

²³ Publicada en el Diario Oficial No. 46.854 de 27 de diciembre de 2007.

²⁴ Según los cuales desde el 1º de febrero de 2007 todos los empleadores públicos y privados están obligados a efectuar los aportes parafiscales correspondientes a los subsistemas de la Protección Social con la “Planilla Integrada de Liquidación de Aportes”.

el Decreto 1636 de 2006”²⁵ en la que ajustó el procedimiento para el giro de los aportes; respecto de los saldos excedentes por aportes patronales previó que esa diferencia conservará su titularidad, destinación legal y permanecerá en la cuenta maestra para su utilización en el período siguiente hasta la culminación del período fiscal; después de ello el empleador -entidades territoriales y sus entes descentralizados- puede retirar el saldo excedente pero siempre que se encuentren al día con el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (régimen contributivo) (artículo 1º numeral 1.7).

De todo lo anterior se tiene que en el sistema previsto por la Ley Orgánica 715 de 2001 y las normas complementarias y reglamentarias, se establecen las siguientes premisas:

- 1) El monto de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral correspondiente a los aportes patronales, así como el pago del auxilio de cesantía, de los empleados del sector salud de la red pública de las entidades territoriales y sus entes descentralizados que se financiaban con los recursos del situado fiscal se continúan pagando con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones.
- 2) Los recursos de los aportes patronales se giran directamente por la Nación por cuenta del empleador a los Fondos de Pensiones y Cesantías, a las Administradoras de Riesgos Profesionales y a las Entidades Promotoras de Salud a las cuales se encuentren afiliados los trabajadores del sector salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados.
- 3) En el evento de que se presenten excedentes de los montos pagados por aportes patronales, las entidades territoriales deben destinarlos en primer lugar para sanear el pago de aportes patronales causados a partir de 1994.
- 4) Una vez efectuado el saneamiento, los saldos de tales excedentes se pueden adicionar al presupuesto de la entidad territorial con el objeto de financiar la prestación de servicios de salud a la población pobre.

²⁵ La vigencia de la Resolución 2527 fue modificada por la Resolución 1476 de 2008 y es de obligatorio cumplimiento desde el 1º de julio de 2008; no obstante, antes de esa fecha, se podrá aplicar a las entidades territoriales que voluntariamente hayan decidido acogerse al mecanismo allí regulado.

Es decir, los recursos del Sistema General de Participaciones se utilizan para pagar el monto correspondiente a los aportes patronales de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, y garantizar de esta manera el cumplimiento de los derechos sociales de los trabajadores. Realizado lo anterior si se presentan excedentes, con ellos se pagan obligaciones en mora de auxilios de cesantía y se cubre el monto de **cotizaciones** vencidas hasta quedar a paz y salvo con todas las obligaciones del sistema. Si hecho lo anterior subsisten saldos a favor, esos recursos sí deben utilizarse para financiar el Sistema de Seguridad Social en Salud, específicamente del régimen subsidiado.

5.7. Examen del decreto reglamentario objeto de control.

Resulta necesario reiterar que el control de legalidad al que se refiere el artículo 20 de la Ley 137 de 1994²⁶ implica el examen no sólo de la forma sino del contenido de los actos objeto del mismo y su legalidad frente a nuestro régimen jurídico.

Así pues, la Sala abordará este examen considerando el marco jurídico antes expuesto y además lo que la doctrina ha dado en llamar los elementos de la validez del acto administrativo, éstos corresponden: **a)** la competencia, **b)** la conformidad con las normas superiores, **c)** la realidad de los motivos, **d)** la adecuación de los fines y, **e)** la adecuación de las formas.

5.7.1. La competencia para expedir el Decreto 1163 de 13 de abril de 2010

El epígrafe del Decreto en estudio dice: “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 073 de 2010 y se dictan otras disposiciones.”

De conformidad con las previsiones del artículo 189-11 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones como suprema autoridad administrativa “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida

²⁶ Dice la norma:

“Control de legalidad. 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.

ejecución de las leyes”

La potestad reglamentaria ha dicho la Sala que es “la facultad - deber de dictar normas jurídicas destinadas a asegurar el cumplimiento de la ley, sin que le sea permitido ampliar o restringir el mandato de la misma.”²⁷

En el caso en estudio, el Decreto Reglamentario 1163 de 2010 desarrolla y guarda conexidad con el Decreto Legislativo 073 de 2010 en la medida que concreta el concepto de saldos excedentes de los aportes patronales que se pagaron con recursos del Sistema General de Participaciones; crea las reglas para el giro de esos recursos por parte de las entidades administradoras o aseguradoras del Sistema de Seguridad Social (AFP, ARP, EPS) al Patrimonio Autónomo, así como el procedimiento para la reclasificación de los saldos excedentes provenientes de las cotizaciones de pensiones.

La potestad de reglamentar las leyes es atribución del Presidente de la República que ejerce con el ministro del ramo o director de departamento administrativo según la materia que corresponda, como lo prevé el artículo 115 de la Constitución Política, en este caso el Decreto Reglamentario 1163 de 2010 fue expedido por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y el de la Protección Social, quienes son los competentes para esos efectos según la materia que desarrolló el reglamento porque se trata de la destinación de los saldos excedentes de recursos girados por el Sistema General de Participaciones a las entidades administradoras o aseguradoras del Sistema de Seguridad Social Integral por concepto de aportes patronales de las entidades territoriales y sus entes descentralizados.

Por otra parte, pese a que no es requisito que la norma objeto de estudio se encuentre publicada en el diario o gaceta oficial para que proceda su control, habida consideración de que el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 estableció la condición de que para su estudio sólo es requisito que se haya expedido y no que esté produciendo efectos²⁸; debe señalarse que el Decreto 1163 de 13 de abril de 2010 fue debidamente publicado en el Diario Oficial No. 47.679 de esa misma fecha.

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.”

²⁷ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sentencia de 26 de octubre de 1999, Rad. IJ-007.

²⁸ Así lo dijo la Sala Plena en sentencia de 9 de diciembre de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00732-00(CA).

5.7.2. La conformidad del Decreto 1163 de 13 de abril de 2010 con las normas superiores.

5.7.2.1. Régimen Contributivo y Régimen Subsidiado en el Sistema de Seguridad Social Integral.

Antes del examen de la norma reglamentaria, resulta de especial importancia para el presente estudio de legalidad explicar e ilustrar algunos aspectos relevantes del Sistema de Seguridad Social Integral, primordialmente los que refieren a la distinción entre el régimen contributivo y el subsidiado.

Con el propósito descrito, es pertinente destacar que el artículo 8º de la Ley 100 de 1993 dispuso que: “El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.” En otras palabras el Sistema de Seguridad Social Integral está conformado por los Sistemas de Pensiones, Riesgos Profesionales, Salud y los Servicios Sociales Complementarios²⁹.

Los Sistemas de Pensiones y Riesgos Profesionales sólo comprenden a los trabajadores dependientes e independientes, su cobertura impone el pago de la correspondiente cotización; y como el pago es perentorio, sin éste no es posible la afiliación a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías –AFP- ni a las Administradoras de Riesgos Profesionales –ARP-

El Sistema de Riesgos Profesionales fue creado para cubrir las contingencias derivadas del trabajo (riesgos de trabajo - salud ocupacional)³⁰ dependiendo de las condiciones en que éste se ejecute³¹, es aplicable a “todas las empresas que

²⁹ El Libro IV de la Ley 100 de 1993 (artículos 257 y siguientes) se encargó de regular los Servicios Sociales Complementarios destinados principalmente a los ancianos indigentes.

³⁰ El artículo 1º del Decreto Ley 1295 de 1994 “*Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales*” prevé:

“El Sistema General de Riesgos Profesionales es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan.(...)”

³¹ Según los factores de riesgo previstos por el artículo 19 de la Ley 776 de 2002 “*Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.*”

funcionen en el territorio nacional, y a los trabajadores, contratistas, subcontratistas, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general³², salvo las excepciones previstas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

De manera similar el Sistema General de Pensiones está previsto para amparar esta prestación social de los trabajadores dependientes e independientes con capacidad de pago³³; está compuesto por dos regímenes: Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad³⁴. La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes³⁵ y cualquiera de los dos regímenes implica necesariamente la obligación de efectuar el pago de los correspondientes aportes ordenados en la ley para el empleador y el empleado, es decir, contribuyen uno y otro de manera concurrente³⁶.

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con los Sistemas de Riesgos Profesionales y de Pensiones, la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia, independiente de su capacidad de pago; porque el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 dispone expresamente: “corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago”.³⁷

En desarrollo de lo transcrito, el legislador previó que el Sistema de Seguridad Social en Salud comporta dos regímenes diferentes³⁸:

a) el contributivo, que se conforma con personas vinculadas por contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados (así como los trabajadores

³² Artículo 3º del Decreto Ley 1295 de 1994.

³³ Esto a pesar de que el legislador en el artículo 10 de la Ley 100 de 1993 previó que se debe “propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”

³⁴ Artículo 12 Ibídem.

³⁵ Literal a) artículo 13 Ibídem, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

³⁶ Literal d) artículo 13 Ibídem.

³⁷ Numerales 1º y 2º Ibídem.

³⁸ Dice el artículo 201:

“CONFORMACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías.”

independientes con capacidad de pago)³⁹; cuya vinculación se efectúa mediante el pago de una cotización o de un aporte económico previo, con recursos del empleado y de su empleador⁴⁰; los trabajadores independientes realizan a su cargo la totalidad de la cotización.

b) el subsidiado compuesto por las personas pobres, vulnerables y sus grupos familiares sin capacidad de pago en la medida que no son trabajadores ni tienen otros ingresos⁴¹, de allí que su vinculación se realiza mediante el pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales y los provenientes de la solidaridad⁴².

Por otra parte, es importante advertir también que el pago del auxilio de cesantía – prestación social- de los trabajadores del sector salud de las entidades territoriales, que por mandato del artículo 58 de la Ley Orgánica 715 de 2001 y sus normas complementarias y reglamentarias, se realiza igualmente con recursos del Sistema General de Participaciones para garantizar su pago oportuno. No es una cotización al sistema de Seguridad Social, sino una prestación laboral a cargo de todo empleador⁴³, razón por la cual sus beneficiarios son únicamente los empleados.

Dicho lo anterior, para el asunto objeto de estudio, es indiscutible que los aportes patronales de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social que se pagan con recursos del Sistema General de Participaciones, propenden por garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos sociales de los trabajadores porque están destinados al pago de la cotización (obligación de origen legal) que debe aportar todo empleador -en este caso las entidades territoriales y sus entes descentralizados del sector salud- en razón del vínculo laboral con sus empleados; es decir, se ubican dentro del régimen contributivo.

A lo expuesto se debe agregar que los recursos que por mandato de la Ley Orgánica 715 de 2001 están destinados al pago de aportes patronales en el régimen contributivo sólo cuando se presenten excedentes de saldos, y a **condición de que previamente se esté a paz y salvo con el pago de todas las**

³⁹ Artículo 157 numeral 1º Ibídem.

⁴⁰ Artículo 202 Ibídem.

⁴¹ Artículo 157 numeral 2º Ibídem.

⁴² Artículo 211 ibídem.

cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral y con el Auxilio de Cesantía de todos los trabajadores, es que las entidades territoriales pueden utilizar esos recursos excedentes para atender el Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado.

5.7.2.2. Conformidad del Decreto Reglamentario 1163 de 2010 con el Decreto Legislativo 073 de 2010.

La norma reglamentaria (Decreto 1163 de 2010) está acorde y guarda conexidad con las previsiones de la norma que reglamenta (Decreto Legislativo 073 de 2010), como se dijo, desarrolla el procedimiento para la “liberación” y primer giro de los recursos correspondientes a los saldos excedentes de aportes patronales al Sistema de Seguridad Social Integral procedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones por parte de las Entidades Promotoras de Salud –EPS-, las Administradoras de Riesgos Profesionales –ARP- y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías –AFP- que les fueron pagados por concepto de cotizaciones en nombre de los empleadores públicos -entidades territoriales y sus entes descentralizados-.

Los referidos saldos excedentes, según las previsiones del Decreto Legislativo y su Reglamentario en estudio, deben ser devueltos por cada administradora del Sistema de Seguridad Social Integral antes del 15 de abril de 2010 a un patrimonio autónomo constituido por el Ministerio de la Protección Social en nombre de las entidades territoriales, con destinación específica para la financiación de las obligaciones pendientes de pago con las instituciones prestadoras de servicios de salud –IPS- generadas por concepto de prestación de servicios a la población pobre no asegurada y a cubrir los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado con corte a 30 de junio de 2009 (artículos 1º, 5º y 7º).

Para el primer giro correspondiente a esta “liberación” de recursos no existe previa depuración o asignación de recursos para cubrir obligaciones en mora de las entidades territoriales y sus entes descentralizados para con sus trabajadores como preveía la Ley Orgánica 715 de 2001 y las normas complementarias referidas con anterioridad.

Después de realizado ese primer giro al patrimonio autónomo que destinará los recursos a cubrir obligaciones en mora con EPS e IPS del régimen subsidiado

para los futuros “saldos excedentes” que llegaren a existir después del 31 de octubre de 2010, se aplican las reglas de depuración previstas por el párrafo del artículo 58 de la Ley Orgánica 715 de 2001; es decir, los excedentes futuros de las entidades territoriales y sus entes descentralizados deben, en primer lugar, pagar obligaciones en mora con sus trabajadores del sector salud en el siguiente orden: auxilio de cesantías; cotizaciones a los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales.

En síntesis, la “liberación de recursos” a que refiere el primer giro (artículos 1º, 3 al 10 del Decreto Legislativo 073 de 2010) sin el pago previo de las obligaciones laborales en mora, comporta la inaplicación transitoria de la Ley Orgánica 715 de 2001 y sus normas complementarias.

De lo expuesto resulta palmario que la destinación de los saldos excedentes prevista por el Decreto Legislativo 073 de 2010 para ese primer giro contraría abiertamente el amparo del que eran beneficiarios los trabajadores del sector salud según las disposiciones de la Ley Orgánica 715 de 2001, con las que se exigía depurar o destinar en primer orden al pago de los aportes patronales en mora de las entidades territoriales y sus entes descentralizados causados a partir de 1994; es decir, al saneamiento de las cotizaciones en el régimen contributivo y sólo después de realizado este procedimiento y a condición de que se esté a paz y salvo con todas las obligaciones laborales del Sistema de Seguridad Social, huelga decir auxilio de cesantías y cotizaciones a pensiones, salud y riesgos profesionales; si existen aún saldos a favor de la entidad empleadora, estos recursos deben adicionarse al presupuesto de cada entidad territorial para financiar la prestación de servicios de salud a la población pobre.

En efecto, recuérdese que, como se expuso, en virtud de la Ley Orgánica 715 de 2001 y sus normas complementarias cuando se presentan saldos excedentes de los pagos al Sistema de Seguridad Social Integral - con recursos del Sistema General de Participaciones por concepto de aportes patronales de las entidades territoriales y sus entes descentralizados-, dichos recursos deben depurarse o utilizarse para pagar las prestaciones laborales en mora en el siguiente orden: **1.** auxilio de cesantía; **2.** cotizaciones al Sistema General de Pensiones; **3.** cotizaciones al Sistema de Salud y; **4.** cotizaciones al Sistema de Riesgos Profesionales; que pertenecen al Régimen Contributivo. Después de efectuado este saneamiento o depuración, y a condición de que se esté a paz y salvo con

todas las obligaciones laborales de todos los empleados, si persisten saldos excedentes, cada entidad territorial titular puede solicitar la devolución de estos recursos a las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral y proceder a su incorporación en el presupuesto para destinarlos a financiar el Régimen Subsidiado de Salud, en lo que su autonomía administrativa considerara prioritario.

Por su parte, es evidente que el Decreto Legislativo 073 de 2010 no prevé para el primer giro depuración o saneamiento de los saldos excedentes de aportes patronales a favor de las obligaciones laborales en mora de las entidades territoriales para con sus empleados en el Sistema de Seguridad Social Integral, porque según esta norma los recursos de los saldos excedentes deben girarse directamente y sin depuración a un patrimonio autónomo que se encargará de pagar obligaciones en mora de las entidades territoriales con las IPS y EPS del régimen subsidiado, indistintamente de que se esté o no en mora con las obligaciones laborales de los trabajadores (auxilio de cesantía y cotizaciones al Sistema de Pensiones, Salud y Riesgos Profesionales), las cuales como se explicó debían ser saneadas previamente por mandato de la Ley Orgánica 715 de 2001.

En otros términos, los recursos que por disposición de la ley orgánica aplican y pertenecen al régimen contributivo para garantizar de mejor forma los derechos sociales de los trabajadores del sector salud, y luego, previa depuración de los saldos excedentes, de manera residual a cada entidad territorial para financiar la prestación de servicios de salud a la población pobre (régimen subsidiado en salud), por mandato del decreto legislativo expedido en el estado de excepción (073 de 2010) estos excedentes de recursos destinarían a un patrimonio autónomo con el fin de financiar obligaciones en mora de las entidades territoriales con las IPS y EPS del régimen subsidiado sin que se garantice el pago de las obligaciones sociales en mora de los trabajadores.

También es de la mayor importancia advertir que: **i)** el Decreto Legislativo 073 de 2010 no suspendió de manera expresa el artículo 58 de la Ley Orgánica 715 de 2001⁴⁴; **ii)** existe contradicción entre el Decreto Legislativo 073 de 2010, que dispone que los saldos excedentes deben ir a un patrimonio autónomo para pagar

⁴⁴ Dice el artículo 12 de la Ley 137 de 1994:

***"MOTIVACIÓN DE INCOMPATIBILIDAD.** Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción."*

obligaciones en mora del **régimen subsidiado**, respecto de la Ley Orgánica 715 de 2001⁴⁵, que dispone que los saldos excedentes deben ante todo cubrir obligaciones laborales en mora **del régimen contributivo**, en esta medida la norma resulta modificada de manera transitoria para el primer giro.

Establecido lo anterior, se destaca que el artículo 215 de la Constitución Política prevé que en el estado de emergencia “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores”; en ese mismo sentido el artículo 50 de la Ley 137 de 1994⁴⁶ dispuso:

“Derechos sociales de los trabajadores. De conformidad con la Constitución, en ningún caso el gobierno podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos legislativos dictados durante el estado de emergencia.”

Es indiscutible que el auxilio de cesantía es una prestación patronal común a favor de los trabajadores principalmente para atender su subsistencia al termino de la relación laboral, asimismo los aportes patronales al Sistema de Seguridad Social Integral garantizan la cobertura de las prestaciones de carácter económico, pensiones, salud y servicios complementarios de los trabajadores⁴⁷. De manera que, en la medida que en el tema en estudio los excedentes de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones que garantizaban el pago de las referidas prestaciones laborales con el decreto legislativo ahora serían girados al Patrimonio Autónomo para cubrir obligaciones en mora del Régimen Subsidiado de Salud (del que están excluidos precisamente los empleados); y de suerte que de esta manera –sin duda- se menoscaban las garantías de los trabajadores.

En efecto, el Decreto Legislativo 073 de 2010 al modificar la destinación de los recursos afecta los derechos sociales de los trabajadores de las entidades territoriales y sus entes descentralizados cuyos aportes patronales, incluso las cotizaciones en mora, estaban garantizados con recursos provenientes del Sistema General de Participaciones y si bien las obligaciones del empleador (entidad territorial) para con sus empleados no se extinguen con ocasión del giro de los recursos al Patrimonio Autónomo, de todas maneras los derechos de los trabajadores sí encuentran un desmedro en la medida que el pago oportuno de las obligaciones ya no estará protegido con los recursos del Sistema General de

⁴⁵ Respecto del rango de ley orgánica de la 715 de 2001 puede consultarse la sentencia C-983 de 2005 de la Corte Constitucional, así como el concepto No. 1.721 de 23 de febrero de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación.

⁴⁶ “*Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia*”.

⁴⁷ Artículo 1° Ley 100 de 1993.

Participaciones como lo propugna la Constitución Política y lo desarrolló el legislador con la Ley Orgánica 715 de 2001, pues estas obligaciones quedarían sujetas a la disponibilidad de los recursos presupuestales ordinarios de los departamentos, los municipios, y sus entidades descentralizadas del sector salud.

Resta decir que la “depuración automática de los saldos excedentes futuros” prevista por el artículo 2º del Decreto Legislativo 073 de 2010 en la que sí se respeta la depuración de los saldos excedentes prevista por la Ley Orgánica 715 de 2001 no resulta aplicable en razón a la declaratoria de inexecutable que de esa norma realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-399 de 2010, porque el referido proceso de depuración tendría corte “a 31 de octubre de cada año”, y la parte resolutoria de la sentencia fue publicada en el comunicado No. 29 de 31 de mayo de 2010, es decir, cinco meses antes.

Por lo expuesto, al contrariar la especial destinación que le otorgó el legislador a los saldos excedentes de los aportes patronales en el parágrafo del artículo 58 de la Ley Orgánica 715 de 2001 en detrimento de los derechos sociales de los trabajadores, la Sala inaplicará por inconstitucional el Decreto Legislativo 073 de 2010 para el estudio de la legalidad del Decreto 1163 de 13 de abril de 2010.

5.7.1.3. El Decreto Reglamentario 1163 de 13 de abril de 2010, en desarrollo del Decreto Legislativo 073 de 2010, como se explicó en capítulo precedente, prevé en síntesis el procedimiento para el giro de los recursos a un patrimonio autónomo de los saldos excedentes de los aportes patronales pagados con recursos del Sistema General de Participaciones a las diferentes entidades administradoras o aseguradoras del Sistema de Seguridad Social.

Así pues, el Decreto cuya revisión adelanta la Sala, en tanto desmejora derechos sociales de los trabajadores del sector salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, vulnera el artículo 215 de la Constitución Política, razón suficiente para concluir que durante el tiempo que el Decreto Reglamentario produjo efectos no estaba ajustado a nuestro ordenamiento jurídico, como se explicó, y así se declarará en la parte resolutoria de esta providencia.

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

FALLA

PRIMERO: INAPLÍCISE por inconstitucional el Decreto Legislativo 073 de 18 de enero de 2010.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del Decreto 1163 de 13 de abril de 2010 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, publíquese y comuníquese al señor Presidente de la República.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de la fecha.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ (E)
ARDILA

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
VALENCIA

MARTHA TERESA BRICEÑO DE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
CASTILLO

STELLA CONTO DÍAZ DEL

**RUTH STELLA CORREA PALACIO
GONZÁLEZ**

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

**ENRIQUE GIL BOTERO
GIRALDO**

WILLIAM GIRALDO

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN
PINZÓN**

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ

**CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ
LAFONT PIANETA**

RAFAEL E. OSTAU DE

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
BETANCOURTH**

DANILO ALFONSO ROJAS

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
GAMBOA**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

**MAURICIO TORRES CUERVO
DE LA HOZ**

OLGA VALLE DE

**ALFONSO VARGAS RINCÓN
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ACLARACIÓN DE VOTO
CONSEJERO: GERARDO ARENAS MONSALVE

Radicado: 11001-03-15-000-2010-00452-00
CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DEL DECRETO 1163 DE 13 DE ABRIL DE 2010

Debo expresar, en primer lugar, que comparto la decisión de la Sala Plena en sentencia de veintidós (22) de febrero de dos mil once (2011), mediante la cual se inaplicó por inconstitucional el Decreto Legislativo 073 de 18 de enero de 2010 y se declaró la nulidad del Decreto 1163 de 13 de abril de 2010.

No obstante compartir en su esencia la decisión adoptada, considero con el mayor respeto por el criterio de los miembros de la Sala, que en la parte motiva de la providencia se debieron consignar las consideraciones expresadas por el ponente Dr. Mauricio Torres Cuervo en su escrito de aclaración de voto con las cuales coincido y respecto de ellas quiero señalar algunas breves apreciaciones adicionales.

El asunto constitucional se contrae a la discusión en torno a la mayor jerarquía normativa de las leyes orgánicas frente a las demás leyes y frente a los decretos legislativos dictados en estados de excepción.

Como lo señaló con toda claridad y amplitud la aclaración de voto que comparto, la jerarquía de las leyes orgánicas impide que éstas puedan ser modificadas por decretos legislativos en estados de excepción.

En mi criterio, a esta conclusión también se llega examinando la naturaleza constitucional de la labor del Congreso como legislador ordinario y del Presidente de la República como legislador de excepción.

Si la jurisprudencia constitucional ha precisado con claridad que la ley ordinaria no puede modificar la ley orgánica, mucho menos puede un decreto ley, aún en estado de

excepción, modificar una ley orgánica, pues el Presidente de la República no puede tener mayor poder legislativo que el que tiene el Congreso como órgano legislativo. En otras palabras, en una democracia, el poder normativo del Presidente en estados de excepción no es superior sino equivalente al poder normativo que tiene el órgano constitucionalmente creado para esos fines, como es el Congreso de la República, cuando actúa en calidad de legislador ordinario.

En esta forma dejo expresadas las razones de mi aclaración de voto.

GERARDO ARENAS MONSALVE.