



**CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA ONCE ESPECIAL DE DECISIÓN**

Consejera Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 11001-03-15-000-2020-04531-00

Asunto: Control inmediato de legalidad de la Resolución No. 1774 de 6 de octubre de 2020, «*Por la cual se definen los perfiles ocupacionales para el reconocimiento económico por una única vez en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de coronavirus COVID-19, la metodología para el cálculo del monto y el mecanismo de giro por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-*», expedida por el Ministro de Salud y Protección Social

FALLO CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

La Sala Once Especial de Decisión del Consejo de Estado en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las conferidas por los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), ejerce el control inmediato de legalidad sobre la Resolución No. 1774 de 6 de octubre de 2020, «*Por la cual se definen los perfiles ocupacionales para el reconocimiento económico por una única vez en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de coronavirus COVID-19, la metodología para el cálculo del monto y el mecanismo de giro por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-*», proferida por el Ministro de Salud y Protección Social.

I. ANTECEDENTES

1. Acto sometido a control inmediato de legalidad

El Ministro de Salud y Protección Social remitió la Resolución No. 1774 de 6 de octubre de 2020, «*Por la cual se definen los perfiles ocupacionales para el reconocimiento económico por una única vez en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de coronavirus COVID-19, la metodología para el cálculo del monto y el mecanismo de giro por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-*» (en adelante Resolución No. 1774 de 2020), para efectos del control inmediato de legalidad que le corresponde realizar al Consejo de Estado.

El texto de la Resolución No. 1774 de 2020, con la precisión de que hacen parte integral de la misma los Anexos Técnicos Nos. 1¹ y 2², es el siguiente³:

¹ Anexo Técnico No. 1. Metodología para establecer el reconocimiento económico temporal para el talento humano en salud que presten servicios durante el coronavirus COVID-19.



«MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

RESOLUCIÓN NÚMERO 1774 DEL 6 DE OCTUBRE DE 2020

Por la cual se definen los perfiles ocupacionales para el reconocimiento económico por una única vez en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de Coronavirus COVID -19, la metodología para el cálculo del monto, y el mecanismo de giro por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

En uso de sus facultades legales, en especial las consagradas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 y

CONSIDERANDO

Que, de conformidad con lo anterior el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, 'Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus', en la cual se establecieron disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado al nuevo coronavirus COVID-19. Dichas medidas fueron modificadas posteriormente por las Resoluciones 407 y 450 de 2020 y prorrogadas mediante Resoluciones 844 de 2020 y 1462 de 2020.

Que, este Ministerio profirió las Resoluciones 1172, 1182, 1312 y 1468, de 2020, a través de las cuales, entre otras disposiciones, definió las condiciones del talento humano en salud, incluidos los que realizan vigilancia epidemiológica, destinatario del reconocimiento económico temporal de que trata el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 y estableció el reporte de información de tal personal a cargo del Instituto Nacional de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS y las entidades territoriales.

Que, a través de comunicación radicada con el número 2020100000401 del 9 de septiembre de 2020, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES remitió la base de datos para la definición de los perfiles y de los valores a reconocer, señalando adicionalmente, que 3.392 entidades habilitadas para reportar, no lo hicieron en ninguna de las ventanas dispuestas.

*Que, la Dirección de Desarrollo de Talento Humano en Salud de este Ministerio, mediante (sic) a través de memorando 202025000212843 del 18 de septiembre de 2020, certificó que 'los perfiles de talento humano en salud reportados por el INS, IPS y entidades territoriales a la ADRES, para el reconocimiento económico temporal al THS establecido en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 y reglamentado por las resoluciones 1172, 1182, 1312 y 1468 de 2020; efectivamente hacen parte de los perfiles de talento humano en salud que son objeto de la inscripción en el Registro Único Nacional de Talento Humano en Salud. (ReTHUS)'.
'*

Que este Ministerio diseñó una metodología con el fin de determinar el monto del reconocimiento económico temporal, la cual se divide en dos etapas: en la primera etapa se realizará una estimación en salarios mínimos mensuales legales vigentes como una proporción del Ingreso Base de Cotización al que se le aplica un ajuste por exposición al riesgo y en la segunda etapa, se aplica el criterio de formación académica y su nivel de exposición.

Que, una vez reportada la información del talento humano en salud, se hace necesario definir los perfiles ocupacionales objeto del reconocimiento económico, el mecanismo de giro a cargo de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES y el valor que por dicho concepto recibirán por una única vez.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Artículo 1. *Objeto. La presente resolución tiene por objeto definir los perfiles ocupacionales que serán beneficiarios del reconocimiento económico destinado al talento humano que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de coronavirus COVID - 19, el monto que por una única vez recibirán, y el mecanismo de giro por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de*

² Anexo Técnico No. 2. Valor del reconocimiento económico temporal para el talento humano de salud que presten servicios durante el coronavirus COVID-19 por perfil profesional.

³ En: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-1774-de-2020.pdf>



Seguridad Social en Salud- ADRES.

Artículo 2. *Ámbito de aplicación.* La presente resolución aplica al talento humano en salud reportado por el Instituto Nacional de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS, las entidades territoriales y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.

Artículo 3. *Metodología para determinar el valor del reconocimiento.* La metodología que permite determinar el valor del reconocimiento económico temporal del Talento Humano en Salud - THS que presta sus servicios durante el término de la emergencia sanitaria declarada por este Ministerio se encuentra definida en el Anexo Técnico No. 1 el cual hace parte integral del presente acto administrativo, a través del cual se define.

Artículo 4. *Reconocimiento económico temporal.* Con fundamento en la metodología de que trata el artículo anterior, se adoptan los valores de reconocimiento por perfil ocupacional contenidos en el Anexo Técnico No. 2, el cual hace parte integral del presente acto administrativo.

Parágrafo 1. *El reconocimiento se pagará de acuerdo con el perfil reportado siempre y cuando coincida con el registrado en el ReTHUS, en la fecha de corte de liquidación del incentivo.*

El talento humano en salud que presente dos o más perfiles reportados por el INS, la IPS o la entidad territorial y estos se encuentren registrados en el ReTHUS, solo se reconocerá el incentivo por el de mayor valor. En todo caso, solo se realizará un único pago por profesional de la salud.

Parágrafo 2. *El valor del reconocimiento económico temporal no será inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente SMLMV y no podrá superar los cuatro puntos cinco (4,5) salarios mínimos legales mensuales vigentes - SMLMV.*

Parágrafo 3. *El reconocimiento de estos valores por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES estará sujeto a la disponibilidad de recursos.*

Artículo 5. *Validación de los reportes del talento humano en salud.* La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, validará la información del talento humano en salud reportada por el Instituto Nacional de Salud, las entidades territoriales y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS, con la información del Registro Único Nacional de Talento Humano en Salud - ReTHUS, la base de datos de Servicio Social Obligatorio -SSO, la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes -PILA; y las demás que la administradora considere necesarias.

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES solicitará, a las entidades reportantes las explicaciones, que ante las inconsistencias producto de la validación evidencie, antes de proceder con el reconocimiento económico temporal.

Artículo 5. *(sic) Reconocimiento y trámite de giro.* La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social - ADRES definirá los términos y condiciones que deberá cumplir el Instituto Nacional de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS y las entidades territoriales para el pago del reconocimiento económico temporal al talento humano en salud beneficiario.

Parágrafo 1. *La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social - ADRES podrá realizar el giro directo a los beneficiarios del reconocimiento económico temporal a nombre de los prestadores de servicios de salud, las entidades territoriales y el Instituto Nacional de Salud, para lo cual deberá especificar los procedimientos que estos deben seguir.*

Parágrafo 2. *La transferencia de los recursos a los beneficiarios del reconocimiento temporal se realizará a las cuentas bancarias que sean registradas por el Instituto Nacional de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS o las secretarías de salud. Los recursos que transfiera la ADRES, no estarán exentos de los descuentos por débito automático que hayan autorizado los titulares beneficiarios en las diferentes entidades bancarias, de servicios o de comercio tanto a favor de terceros como para abonar obligaciones a favor de dichas entidades.*

Parágrafo 3. *Para efectos del reconocimiento económico temporal al Talento Humano en Salud fallecido, la ADRES verificará que el fallecimiento haya ocurrido durante la emergencia sanitaria y realizará el giro a los beneficiarios en los términos que esta disponga.*

Artículo 6. *Regímenes Especial y de Excepción.* Los regímenes Especial y de Excepción, así como el Fondo Nacional de Salud para la población privada de la libertad podrán tener en cuenta las disposiciones contenidas en el presente acto administrativo y realizar las respectivas gestiones, así como la apropiación de los recursos dispuestos para tal fin.



Artículo 7. Vigencia. *La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.*

Dada en la ciudad de Bogotá D.C. 6-OCT 2020

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

FERNANDO RUIZ GÓMEZ

Ministerio de Salud y Protección Social».

2. Trámite procesal

2.1. Por auto de 24 de noviembre de 2020, la Magistrada Sustanciadora avocó el conocimiento de la Resolución No. 1774 de 2020, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, con el fin de efectuar el control inmediato de legalidad previsto en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del CPACA.

Esa decisión dispuso la notificación al Ministro de Salud y Protección Social y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Del mismo modo, se solicitó a la autoridad emisora del acto administrativo que dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, remitiera los antecedentes administrativos de la Resolución No. 1774 de 2020 y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer.

Asimismo, ordenó a la Secretaría General de la Corporación que fijara un aviso por el término de diez (10) días, y a través de los diferentes medios virtuales con el fin de permitir que cualquier ciudadano interviniera para defender o impugnar la legalidad de la Resolución No. 1774 de 2020.

También dispuso que, expirado ese término, corriera traslado al Ministerio Público para que dentro de los diez (10) días siguientes rindiera concepto conforme a lo establecido en el numeral 5° del artículo 185 del CPACA, y se invitó a las facultades de derecho de las Universidades Nacional de Colombia, Externado, Rosario, Javeriana, Libre de Colombia, de los Andes, Antioquia, EAFIT, de Ibagué, así como a la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, a la Organización Colegial de Enfermería, OCE, a la Federación Médica Colombiana, a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, ACEMI, a la Asociación Colombiana de Profesionales en la Salud y a la Oficina de Coordinación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Colombia, para que dentro del mismo término, presentaran por escrito su concepto sobre la legalidad del acto administrativo bajo estudio.

2.2. En cumplimiento de lo anterior, el 1° de diciembre de 2020 la Secretaría General del Consejo de Estado libró las correspondientes notificaciones y comunicó a las Universidades y entidades invitadas. El 2 de diciembre de 2020, se efectuó la fijación del aviso por el término de diez (10) días. El 18 de diciembre de 2020, se corrió traslado al Ministerio Público por diez (10) días.

3. Intervenciones

3.1. Ministerio de Salud y Protección Social

Actuando por intermedio de apoderado judicial, la entidad emisora del acto administrativo bajo estudio pidió que se declare la legalidad, con sustento en las siguientes razones:

De manera preliminar, se refirió a los fundamentos normativos para la expedición de la Resolución No. 1774 de 2020, en concreto, el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 y los artículos 1, 17, 18, 23 y 33 de la Ley 1164 de 2007, relativos, en su orden, al talento humano en salud, a la definición de las profesiones y ocupaciones del área de la salud, al servicio social obligatorio, a los



requisitos para el ejercicio de las profesiones y ocupaciones del área de la salud, al Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud y al servicio social obligatorio, a lo que agregó que para hacer efectivo el reconocimiento económico creado en el precisado decreto legislativo se han emitido por esa cartera ministerial las Resoluciones Nos. 1172 de 2020⁴, 1182 de 2020⁵, 1312 de 2020⁶ y 1439 de 2020⁷, y la Circular No. 031 de 2020⁸, emanada de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante ADRES).

Se refirió a las tres variables que apoyaron la metodología para la construcción del modelo que permitió definir el porcentaje del IBC que se giró al talento humano en salud, reportado por el Instituto Nacional de Salud, las IPS y las Secretarías de Salud, a saber: (i) Participación de los perfiles del talento humano en salud en el plan de acción para la prestación de los servicios de salud durante las etapas de contención y mitigación del COVID-19; (ii) Reconocimiento de duración, complejidad y alcance de cada uno de los niveles educativos de los perfiles del talento humano en salud y (iii) Casos reportados de contagio por COVID-19 en cada uno de los perfiles del talento humano en salud.

Por último, indicó que al contrastar la Resolución No. 1774 de 2020 con el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, se observa que cumple con el requisito de la *conexidad*, en tanto la medida administrativa adoptada es oportuna para atender la situación de emergencia sanitaria y el estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por medio del Decreto 417 de 2020 y está circunscrita a hacer frente a la situación generada por el COVID-19 y con el fin de mantener un adecuado talento humano en salud. De igual manera, indicó que flexibiliza los requisitos técnicos y jurídicos para establecer los perfiles ocupacionales, la metodología para el cálculo y el mecanismo para que la ADRES efectúe el reconocimiento y pago.

Por lo expuesto, concluyó que el acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad es congruente, necesario y pertinente para garantizar el acceso y prestación del servicio de salud que demanda la prevención, diagnóstico y tratamiento del COVID-19.

3.2. Universidad del Rosario

David Hernando Barbosa Ramírez, en condición de profesor titular de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario, rindió concepto en el que sostuvo que la Resolución No. 1774 de 2020 supera el control inmediato de legalidad, porque, en su sentir, al haberse declarado la constitucionalidad del artículo 11 del Decreto Legislativo 568 de 2020, *“la resolución goza de legalidad”*.

Hizo referencia al artículo 48 de la Constitución Política, para lo cual destaca los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que rigen el servicio de la

⁴ Por la cual se definen los términos y condiciones del reporte de información del talento humano en salud que presta sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de Coronavirus COVID-19 o que realiza vigilancia epidemiológica con el objeto de determinar el reconocimiento económico temporal.

⁵ Por la cual se modifica el artículo 3 de la Resolución 1172 de 2020 en el sentido de ampliar los servicios de salud con fundamento en los cuales se reconocerá un monto económico temporal.

⁶ Por la cual se modifica el artículo 6 de la Resolución 1172 de 2020.

⁷ Ordena un giro de recursos del presupuesto de funcionamiento del Ministerio de Salud y Protección Social a la Adres, con destino al reconocimiento económico temporal para el talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de coronavirus COVID-19.

⁸ Asunto: Procedimiento para el reporte de información del talento humano en salud que presta sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de coronavirus covid-19 o que realiza vigilancia epidemiológica con el objeto de determinar los perfiles y montos a reconocer en el marco del artículo 11 del Decreto 538 de 2020.



seguridad social y la naturaleza parafiscal de los recursos de las instituciones, para concluir de conformidad con la sentencia C-828 de 2001 que las bonificaciones definidas en el Decreto Legislativo 538 de 2020 y la resolución bajo examen no tienen como fin la ampliación de la cobertura del servicio de salud.

En definitiva, solicitó declarar la legalidad de la Resolución No. 1774 de 2020, como consecuencia de la declaratoria de exequibilidad de la norma de excepción que le sirvió de sustento.

3.3. Organización Colegial de Enfermería, OCE

La representante legal de la organización manifestó que la Resolución No. 1774 de 2020 desarrolla el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, en el sentido de definir los perfiles ocupacionales que tendrán derecho al reconocimiento económico, la forma de determinar el valor del incentivo y el mecanismo por el cual la ADRES girará los recursos. Empero, respecto del inciso segundo del párrafo 1 y el párrafo 3 del artículo 4 del acto administrativo bajo estudio consideró que transgreden el marco normativo de excepción habilitante, por lo que se debe declarar su ilegalidad.

En relación con el inciso segundo del párrafo 1 del artículo 4 de la Resolución No. 1774 de 2020, relativo al reconocimiento del incentivo por el mayor valor del perfil reportado por el Instituto Nacional de Salud, la IPS o la entidad territorial, indicó que desconoce la realidad socioeconómica y laboral del sector salud en el país, donde más del 80% de los trabajadores prestan sus servicios de manera precaria, por medio de la tercerización laboral, lo que ha llevado a que el talento humano en salud tenga 2 o 3 contratos que generan varias vinculaciones, por lo que, en su sentir, *«no sería legal y desconocería la realidad de todos los trabajadores del sector, solo reconocerles el incentivo económico por el contrato de mayor valor, cuando en los demás trabajos independientemente del tipo de vinculación, bien sea laboral, de prestación de servicios, entre otros, igualmente están expuestos a atender pacientes con dichas características, por lo tanto, el mismo deberá reconocerse un único pago por cada contrato y/o servicio que se preste con las características previamente mencionadas»*.

Señaló que ese entendimiento de la disposición garantizaría el principio de igualdad material y significaría un reconocimiento al esfuerzo en las labores prestadas por el talento humano en salud con ocasión de la pandemia por el COVID-19, teniendo en cuenta que en cada trabajo están expuestos al contagio de la enfermedad.

Respecto del párrafo 3 del artículo 4 de la Resolución No. 1774 de 2020 que alude a que el reconocimiento del incentivo económico estará sujeto a la disponibilidad de recursos, aseveró que desconoce el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 en el que no se supedita el pago a la disponibilidad presupuestal, justamente con el fin de que no se eluda el pago oportuno a cada uno de los trabajadores de la salud que hacen frente a la pandemia del COVID-19.

De conformidad con lo expuesto, la interviniente solicitó en términos generales declarar la legalidad de la Resolución No. 1774 de 2020, y la ilegalidad del inciso segundo del párrafo 1 y el párrafo 3 del artículo 4 del acto administrativo bajo examen.

3.4. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, ACEMI

El Presidente Ejecutivo de la Asociación pidió que la Resolución No. 1774 de 2020, se declare ajustada a las disposiciones constitucionales, convencionales y legales que le sirven de fundamento, con sustento en lo siguiente:



En primer lugar, señaló que los requisitos formales se encuentran cumplidos, en tanto el acto administrativo objeto de estudio es de contenido general, se dictó en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo del artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020.

De otra parte, en lo que atañe con el análisis material de las medidas administrativas sostuvo que guardan relación de conexidad con los hechos que dieron origen al Decreto 417 de 2020 y con el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, para lo cual se apoyó en los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2020 (consideración 40), en la que se declaró la constitucionalidad de esa disposición, la cual *«es igualmente predicable de la norma de desarrollo objeto del presente control inmediato de legalidad, de cara a evidenciar la conexidad entre la resolución objeto de control y el Decreto Legislativo 417 de 2020, y frente a las consideraciones del Decreto Legislativo 538 del mismo año»*.

Asimismo, aseveró que las medidas son adecuadas, necesarias y proporcionadas para conjurar las consecuencias de la emergencia sanitaria declarada por la pandemia del COVID-19, y como un incentivo para el talento humano en salud por la labor adelantada de cara al fortalecimiento del sistema de salud, a lo que agregó que no comporta desmejora ni restricción de los derechos sociales de los ciudadanos, ni vulneran la Constitución Política, todo lo contrario es un mecanismo idóneo para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud.

Por las razones expuestas, el Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, solicitó la declaratoria de legalidad de la Resolución No. 1774 de 2020.

4. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado por medio del concepto No. C-003 de 2021, pidió la declaratoria de legalidad de la Resolución No. 1774 de 2020, con excepción del parágrafo 3 del artículo 4 relativo al pago del incentivo económico condicionado a la disponibilidad de recursos, cuyo entendimiento debe ser *«que esa condición se aplica al hecho de disponer de los recursos para hacerlo efectivo, no que el reconocimiento económico como derecho dependa de esa disponibilidad en cuanto este fue conferido por el Decreto 538 de 2020»*.

Las razones en las que se apoya el Agente del Ministerio Público, en síntesis, son las siguientes:

En primer término, indicó que el Consejo de Estado es competente para asumir el control inmediato de legalidad porque el acto administrativo es de contenido general, emanado de una autoridad del orden nacional en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo del artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020.

De otra parte, mencionó que la Resolución No. 1774 de 2020 cumple con los requisitos de forma, en tanto fue expedida por el Ministro de Salud y Protección Social en el marco de las competencias previstas en el artículo 60 de la Ley 489 de 1998, el artículo 2 numerales 2, 11 y 22 del Decreto 4107 de 2011 y, en particular, del artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, a lo que agregó que se identificó con número, fecha, asunto, fundamento jurídico y la firma del funcionario.

En tercer lugar, en cuanto al estudio de fondo de las medidas administrativas, luego de referirse a cada uno de los artículos del acto administrativo y al contenido de los Anexos Técnicos Nos. 1 y 2, destacó que guardan armonía con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 en el que se estableció un



reconocimiento económico temporal por una única vez al talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, durante el término de la emergencia sanitaria, y atribuyó al Ministerio de Salud y Protección Social la facultad de definir el monto en proporción del IBC promedio de cada perfil ocupacional según su nivel de exposición, sin que constituya factor salarial, con independencia de la clase de vinculación.

En ese contexto, señaló el concepto que el acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad cumple el requisito de *conexidad* porque el cálculo del monto del incentivo económico a favor del talento humano en salud lo efectuó el Ministro de Salud y Protección Social de conformidad con los parámetros indicados en el Decreto Legislativo 538 de 2020, a partir de una proporción del IBC promedio de cada perfil ocupacional.

Agregó que la Resolución No. 1774 de 2020 al efectuar la estimación en salarios mínimos legales mensuales vigentes para hallar una proporción del IBC, al que se aplica un ajuste por exposición al riesgo teniendo en cuenta la *mediana* del IBC con la fórmula adoptada para determinar cinco categorías y tres niveles de exposición debidamente clasificados, según la atención a los pacientes (primera etapa), y aplicar el criterio de formación académica de conformidad con los porcentajes de conocimiento y oficio desempeñado (segunda etapa), consulta la proporción del IBC a que se refirió el Decreto Legislativo 538 de 2020, «*pero sobre todo, porque se observa que hace equitativa la distribución del citado beneficio al THS*».

De esta manera, consideró que la definición de los perfiles ocupacionales de los beneficiarios del reconocimiento económico en el sector de la salud que atiende a los pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, atendió la correlación directa que ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en tanto la determinación del incentivo económico se concretó en la aplicación de una fórmula de cálculo aplicada en la Resolución No. 1774 de 2020, lo que es adecuado a los fines del Decreto Legislativo 538 de 2020, en tanto el acto administrativo dispuso que se haría efectivo a las cuentas bancarias registradas por el Instituto Nacional de Salud, las IPS o las Secretarías de Salud para depositar el valor correspondiente, «*con lo cual se garantiza su efectividad, así como también ordenar la validación de los registros de información sobre quienes deben recibirlo, resulta coherente con el hecho de que se cumpla el mandato del decreto y se eviten fraudes en su distribución*».

La Vista Fiscal, igualmente, encontró cumplido el requisito de *proporcionalidad* por cuanto del contenido de la Resolución No. 1774 de 2020, se desprende con claridad que en la categorización efectuada al personal de salud beneficiario del reconocimiento económico se tuvieron en cuenta aspectos inherentes a la labor desempeñada y al perfil educativo, así como a la intensidad de la atención a los pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19 que miden el nivel de riesgo por exposición a la enfermedad, lo que permitió calcular el monto de manera proporcional y efectuar un adecuado desarrollo del artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020.

Empero, consideró que en relación con el párrafo 3 del artículo 4 de la Resolución No. 1774 de 2020, en el que se indica que el reconocimiento del beneficio económico se sujeta a la disponibilidad de recursos, se debe entender que esa condición se aplica al hecho de disponer de los recursos para hacerlo efectivo, no para que el reconocimiento económico como derecho dependa de esa disponibilidad teniendo en cuenta que fue conferido por el Decreto Legislativo 538 de 2020. Agregó que la ADRES debe garantizar los recursos para que ese derecho sea real, «*aspecto que no puede servir de excusa para aplazar el pago efectivo, teniendo en cuenta que es lo mínimo frente a la riesgosa labor del personal médico en las condiciones de esta pandemia*».



En definitiva, para el Ministerio Público, con excepción del precitado entendimiento, el acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad no es contrario a los Decretos 417 de 2020 y 637 de 2020, ni al artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, el cual sirvió como marco habilitante para expedir las medidas administrativas objeto de control.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Once Especial de Decisión del Consejo de Estado es competente para decidir el presente control inmediato de legalidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 111 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, en armonía con lo establecido en el artículo 23 del Acuerdo 080 de 2019 -Reglamento del Consejo de Estado-, y en el Acuerdo de la Sala Plena del Consejo de Estado aprobado en sesión No. 10 del 1º de abril de la presente anualidad, mediante el cual se asignó a las Salas Especiales de Decisión la competencia para conocer y decidir los controles inmediatos de legalidad en aplicación del artículo 29 del Reglamento del Consejo de Estado.

2. Planteamiento del problema jurídico y fundamentos de la decisión

De conformidad con los antecedentes expuestos, las intervenciones ciudadanas y el concepto del Ministerio Público, la Sala debe determinar si la Resolución No. 1774 de 6 de octubre de 2020, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, «*Por la cual se definen los perfiles ocupacionales para el reconocimiento económico por una única vez en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de Coronavirus COVID-19, la metodología para el cálculo del monto, y el mecanismo de giro por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES*», cumple los requisitos formales y materiales señalados en la Constitución Política y la ley, en específico, si se ajusta a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 objeto de desarrollo.

Con el fin de resolver el problema jurídico, la Sala se referirá a las siguientes consideraciones jurídicas:

- (i) Los estados de excepción en el constitucionalismo colombiano;
- (ii) El Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en la Constitución Política de 1991;
- (iii) El control inmediato de legalidad como mecanismo de control de constitucionalidad y legalidad;
- (iv) Los instrumentos internacionales como parámetro en el control inmediato de legalidad;
- (v) Características del control inmediato de legalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.1. Los estados de excepción en el constitucionalismo colombiano

Los estados de excepción o poderes excepcionales, como los denomina la doctrina, están previstos en las constituciones democráticas con el fin de que el Presidente de la República expida medidas de excepción, no frente a situaciones de mera urgencia o necesidad, «*sino de aquellas que representen un peligro de tal*



gravedad para la comunidad política que justifican la adopción de medidas restrictivas de derechos y libertades garantizados por la Constitución»⁹, con los límites que allí se establecen, en armonía con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, lo que requiere el establecimiento de controles estrictos para valorar la juridicidad de esas decisiones (control jurídico) y la conveniencia de las mismas (control político).

Estos mecanismos diseñados para restablecer la normalidad del orden público interno o externo, están atados a la noción de estado de derecho como forma de organización jurídico política, cuya finalidad es la interdicción de la arbitrariedad, en tanto su declaratoria obedece al cumplimiento de unos exigentes presupuestos normativos y fácticos, lo que se explica porque el Presidente de la República queda investido de unas amplias facultades extraordinarias que le permiten, por ejemplo, derogar o suspender la normatividad preexistente, crear impuestos de manera transitoria o restringir algunos derechos fundamentales. Esa facultad discrecional debe estar debidamente reglada, justamente para evitar excesos en su ejercicio.

La Constitución Nacional de 1886, cuya principal característica fue el otorgamiento de poderes ilimitados al Presidente de la República, carentes de controles jurídicos y políticos estrictos, rigurosos e integrales, señalaba en el artículo 121 original dos modalidades de estado de excepción: guerra exterior o conmoción interior, en virtud de los cuales el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podía declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Con esa declaración, el Presidente quedaba investido de las facultades que le conferían las leyes y el derecho de gentes.

El Acto Legislativo 1 del 10 de diciembre de 1960, «*Por el cual se modifica el artículo 121 de la Constitución Nacional*», incorporó una tímida limitación al ejercicio de los estados de excepción por el Presidente de la República, al señalar que no podía hacer uso de ellos, sino previa convocatoria del Congreso en el mismo decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Además, señaló que el Congreso por medio de una proposición aprobada por la mayoría absoluta de una y otra cámara, podía decidir que cualquiera de los decretos que dictara el gobierno en estado de sitio pasara a la Corte Suprema de Justicia para que decidiera sobre su constitucionalidad.

La reforma constitucional incluida en el Acto Legislativo 1 de 1968, (i) permitió el normal funcionamiento del Congreso de la República y la función de control político; (ii) incorporó el control posterior y automático de los decretos legislativos en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y (iii) agregó otra tipología de estado de excepción, emergencia económica o social o que constituyan grave calamidad pública, señalando para el efecto un límite temporal de noventa días al año. Al amparo de esa declaratoria, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, tenía la facultad de dictar decretos con fuerza de ley exclusivamente para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

No obstante los intentos de regulación de los estados de excepción en vigencia de la Constitución de 1886, en el estado de sitio no existían límites temporales para su declaratoria ni para su duración, las amplias y desbordadas facultades del Presidente de la República permitían la suspensión permanente de derechos fundamentales y la usurpación de funciones legislativas. Sobre estos tres rasgos característicos de los estados de excepción en el anterior marco constitucional, la Corte Constitucional en Sentencia C-802 de 2002¹⁰, sostuvo:

⁹ Luis López Guerra, *Introducción al derecho constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 84.

¹⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño. En relación con la regulación de los estados de excepción en la Constitución de 1886, véase la Sentencia C-063 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



«En cuanto a lo primero, no se consideraba adecuado que el límite temporal de la medida de excepción estuviera sujeto a la discrecionalidad del ejecutivo. Nótese cómo durante las distintas reformas al instituto se conservó la fórmula según la cual el Gobierno era quien definía en qué momento se había retornado a la normalidad y, por ende, se levantaba el estado de sitio. Esta concepción llevó a una utilización prácticamente permanente del régimen excepcional.

En cuanto a lo segundo, la vigencia reiterada del estado de sitio provocaba la suspensión permanente de los derechos del individuo, en especial aquellos relacionados con el debido proceso y con las libertades de información y de locomoción. De esta forma, el estado de sitio terminaba convirtiéndose en un mecanismo de interdicción de los derechos de los ciudadanos, marco favorable para las extralimitaciones de los agentes estatales.

Por último, la permanencia del estado de sitio y la laxitud con que se manejó la conexidad que debía existir entre los motivos de la declaración y las medidas diseñadas para superar los hechos que le dieron origen, condujeron a que el ejecutivo suplantara al legislativo en la formulación de la ley y por ello durante la segunda mitad del siglo XX se utilizó ese régimen como mecanismo para regular temas que no tenían relación con los supuestos fácticos que sirvieron de base para la declaratoria del estado excepcional».

Era evidente que la mencionada regulación ponía en entredicho la vigencia del estado de derecho y hacía manifiesta la fragilidad del valor normativo de la Constitución Nacional de 1886. Esas amplias atribuciones otorgadas al Presidente de la República, problemáticas en un sistema de gobierno presidencialista, llevaron desde el primer momento al Constituyente de 1991 a incorporar una regulación de los estados de excepción que estuviera en armonía con la necesidad de precisar límites claros al poder con una mirada hacia el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, a un modelo de contrapesos real para evitar el desbordamiento en la adopción de las medidas y al establecimiento de límites temporales para impedir que la anormalidad se convirtiera en la regla, y no como su nombre y concepción lo indican, a que sean situaciones excepcionales y extraordinarias que no puedan ser conjuradas con las facultades ordinarias.

De ello da cuenta el Informe de Ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea Constituyente, en el que los delegatarios sostuvieron:

«En los últimos 42 años, el país ha vivido 37 años en estado de sitio, convirtiendo una medida excepcional en un régimen permanente, pues de la Constitución, el único artículo cuya aplicación debería ser la excepción, es el artículo de más permanente aplicación. En vez de la excepción confirmar la regla, la excepción se vuelve regla.

Todos los proyectos votados, buscan la limitación en el tiempo de los estados de emergencia.

La discusión sobre si se puede limitar el tiempo de duración del estado o estados de emergencia, sin que hayan cesado las causas de perturbación del orden público, es claramente pertinente.

*La lógica parece indicar que no debe limitarse el tiempo, pues no puede predecirse la duración de la perturbación. Pero la realidad demuestra que en Colombia la prolongación en el tiempo del estado de excepción no ha resuelto el desorden, sino que puede aún haberlo agravado, y sin duda ha deteriorado gravemente la figura del estado de sitio. Además, **se ha convertido en una muleta para gobernar casi al margen del estado de derecho. Ha desordenado las estructuras institucionales, por los frecuentes cambios de orientación en la búsqueda de soluciones que no llegan, por la vía excepcional.***

(...)

En verdad Colombia sigue utilizando para su vida interior el ya mencionado artículo 121 de la Constitución de 1886, reformado en varias ocasiones sin perder su



sustancia, al margen y aun en contra de lo dispuesto en las Convenciones de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos.

El Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la suspensión de garantías por un Estado parte en este instrumento internacional está condicionada al mantenimiento en todo caso de las garantías de la persona relacionadas con el derecho a la vida, a la integridad personal, los principios de legalidad y retroactividad, las libertades de religión y de conciencia, más 'las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos'.

(...)

Colombia ha incumplido estas disposiciones tanto de las Naciones Unidas como de la Organización de los Estados Americanos, dentro de la práctica ininterrumpida del estado de sitio»¹¹ (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Con ese norte, la Constitución Política de 1991 concibió un modelo de estados de excepción más preciso en cuanto a límites temporales y sustanciales o materiales para el Presidente de la República, y un sistema de controles rígido con la pretensión de garantizar la supremacía y vigencia de la Constitución, inclusive en esas situaciones de anormalidad o extraordinarias.

El marco constitucional actual señala tres modalidades de estado de excepción, a saber: El primero, el Estado de Guerra Exterior concebido para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad (art. 212 CP). El segundo, el Estado de Comoción Interior cuya finalidad es evitar la grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía (art. 213 CP). El tercero, el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Carta, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico o que constituyan grave calamidad pública (art. 215 CP).

La Ley Estatutaria 137 de 1994¹², reglamentó los estados de excepción en Colombia. Ese marco normativo definió los principios que regulan el uso de facultades excepcionales del Presidente de la República, haciendo especial énfasis en que solo pueden ser empleadas cuando los poderes ordinarios no permitan mantener la normalidad.

Además, dispone que las medidas que se adopten deberán estar encaminadas a conjurar la crisis, ser *necesarias* para alcanzar los fines que se persiguen con la declaratoria del estado de excepción, y ser *proporcionales* con la gravedad de los hechos que rodean la crisis.

Del mismo modo, determina las garantías para proteger los derechos humanos conforme a los tratados internacionales y a la Constitución, estableciendo una categoría de derechos intangibles durante los estados de excepción que no pueden ser objeto de limitaciones (art. 4), y prescribe respecto de los demás derechos, la prohibición de que las limitaciones impliquen la suspensión del ejercicio de los mismos (art. 5).

¹¹ Gaceta Constitucional núm. 767, sábado 4 de mayo de 1991. Informe-Ponencia. El estado de sitio y la emergencia económica, Alfredo Vásquez Carrizosa y José Matías Ortiz, p. 11. Tomado de la Sentencia C-063 de 2003.

¹² Así lo dispone el artículo 152 de la Constitución: «Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: (...) e) Estados de excepción (...)».



Asimismo, incorpora una serie de controles jurídicos y políticos sobre la declaratoria de los estados de excepción y las medidas adoptadas en desarrollo de los mismos, como una expresión del Estado de Derecho.

En los tres estados de excepción la Constitución prevé unas condiciones fácticas y jurídicas para acudir a estos mecanismos extraordinarios, entre ellas, el establecimiento de límites temporales para la conmoción interior y la emergencia económica, social y ecológica, silencio que tiene una justificación lógica respecto de la guerra exterior, a lo que se debe agregar que al amparo de la declaratoria del estado de excepción, el Presidente de la República adoptará las medidas *estrictamente necesarias*.

Ahora bien, el artículo 214 de la Constitución Política incluye las reglas constitucionales aplicables al estado de guerra exterior y al estado de conmoción interior (artículos 212 y 213 de la Constitución), en el que se establece el marco de referencia o de acción para el Presidente de la República, a saber:

- a) Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solo podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción;
- b) No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y se deberán respetar las reglas del derecho internacional humanitario;
- c) Los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos se llevarán a cabo de conformidad con los tratados internacionales;
- d) Las medidas que se adopten deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos;
- e) No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público, ni de los órganos del Estado.
- f) Tan pronto haya cesado la guerra exterior o la conmoción interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el estado de excepción.
- g) El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción y lo serán, igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades otorgadas por la Constitución.
- h) El Gobierno enviará a la Corte Constitucional los decretos legislativos que dicte en uso de los estados de excepción, para que decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si no cumpliera con el deber de envío, esa corporación judicial aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

Por su parte, el artículo 215 de la Constitución Política incorpora los parámetros normativos por los que se rige el estado de emergencia económica, social o ecológica, o que constituyan grave calamidad pública, los cuales se precisarán en el siguiente acápite.

A manera de conclusión, la Constitución Política de 1991 ha significado un importante salto cualitativo en la regulación de los estados de excepción en el constitucionalismo colombiano, al establecer unas condiciones claras y precisas para su ejercicio con el fin de evitar excesos y desbordamientos en esa facultad



extraordinaria entregada al Presidente de la República, cuya principal contención son los controles jurídicos como manifestación del control de constitucionalidad.

2.2. El estado de emergencia económica, social y ecológica en la Constitución Política de 1991

De conformidad con el artículo 215 de la Carta Política, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de emergencia (i) cuando sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o (ii) que constituyan grave calamidad pública.

En la misma disposición, se establece que la declaratoria de ese estado de excepción será por periodos de hasta treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaratoria, que deberá ser motivada, podrá el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos, a diferencia de los que se dictan en el estado de conmoción interior y de guerra exterior (arts. 212 y 213 de la CP)¹³, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, tienen vocación de permanencia, «*lo cual significa que pueden reformar o derogar la legislación preexistente y poseen vigencia indefinida*»¹⁴.

Los decretos de desarrollo deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En este último caso, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso de la República, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El decreto declaratorio del estado de emergencia señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias, y convocará al Congreso de la República, si este no se hallare reunido, en los diez días siguientes al vencimiento de dicho término, con el fin de que, previo informe motivado, examine las causas de la declaratoria del estado de excepción y las medidas adoptadas, y se pronuncie sobre la conveniencia y la oportunidad de las mismas.

El Congreso de la República dentro del año siguiente a la declaratoria de la emergencia podrá derogar, modificar o adicionar los decretos con fuerza de ley en aquellas materias que son de iniciativa del Gobierno, mientras que respecto de las que son de iniciativa propia, podrá ejercer dichas atribuciones en cualquier tiempo.

El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el estado de emergencia, sin haberse presentado alguna de las circunstancias que dan lugar a la declaratoria del estado de emergencia, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.

¹³ En la Sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional precisó: «*Recuérdese que los decretos legislativos que expide el Gobierno durante el estado de emergencia tienen el poder de derogar y modificar la legislación preexistente en forma permanente, lo que no ocurre con el estado de conmoción interior, en el cual ésta solamente se suspende*».

¹⁴ Sentencia C-517 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo.



Señala el artículo 215 de la Constitución Política, que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante la expedición de los decretos con fuerza de ley.

Por último, establece que el Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en el marco del estado de emergencia, para que decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

2.3. El control inmediato de legalidad como mecanismo de control de constitucionalidad

El artículo 4 superior señala que la Constitución es norma de normas y en caso de incompatibilidad entre la Carta Política y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Este artículo establece expresamente el principio de supremacía constitucional, cuyo entendimiento se debe articular con la noción de valor normativo, es decir, que la Constitución tiene una aplicación directa y prevalente en el ordenamiento jurídico, sin que sea necesario algún tipo de desarrollo legislativo.

La supremacía y el valor normativo de la Constitución, por sí mismos, no son suficientes para que ese ordenamiento fundacional tenga plena aplicabilidad y vigencia. Es necesario contar con un mecanismo que, en el proceso de formación y consolidación del Estado de Derecho, se ha denominado el control de constitucionalidad, cuya principal finalidad es la defensa de la Constitución.

Para Jorge Reinaldo A. Vanossi¹⁵, el control de constitucionalidad se refiere «a la existencia, dentro de un régimen constitucional, **de diversos mecanismos destinados a hacer efectiva la supremacía de la Constitución, o sea, una pluralidad de instrumentos**» (negritas por fuera del texto original).

La Constitución Política de 1991, incorpora diversas manifestaciones del control de constitucionalidad, a saber: (i) la función entregada a la Corte Constitucional en virtud de las competencias asignadas en el control abstracto y concreto de constitucionalidad (art. 241 de la Constitución); (ii) la atribución del Consejo de Estado a través de la acción de pérdida de investidura de congresistas y la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad (arts. 184 y 237 numeral 2 de la Constitución); (iii) la facultad de los Tribunales Administrativos, en única instancia, de conocer las objeciones por motivos de inconstitucionalidad y legalidad de los proyectos de ordenanza departamental y de acuerdo municipal, formuladas por los gobernadores y alcaldes, respectivamente (arts. 305 numeral 9 y 315 numeral 6 de la Constitución)¹⁶; (iv) el control por vía de excepción de inconstitucionalidad cuya competencia recae en las autoridades judiciales y administrativas (art. 4 de la Constitución) y (v) la competencia de todas las autoridades judiciales para conocer acciones de tutela (art. 86 de la Constitución).

Otro de esos mecanismos de defensa de la Constitución, de creación legal, es el control inmediato de legalidad previsto en el artículo 20 de la Ley Estatutaria 137

¹⁵ Teoría Constitucional. Supremacía y control de constitucionalidad. Tomo II, ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000 (primera edición 1976), p. 99.

¹⁶ El artículo 151 del CPACA dispone: «Competencia de los tribunales administrativos en única instancia. Los tribunales administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: [...] 4. De las observaciones que formula el gobernador del departamento acerca de la constitucionalidad y legalidad de los acuerdos municipales, y sobre las objeciones por los mismos motivos, a los proyectos de ordenanzas; 5. De las observaciones que los gobernadores formulen a los actos de los alcaldes, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad; 6. De las objeciones que formulen los alcaldes a los proyectos de acuerdos municipales o distritales, por ser contrarios al ordenamiento jurídico».



de 1994¹⁷, en virtud del cual «*las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición*».

La Corte Constitucional en sentencia C-179 de 1994¹⁸, declaró la exequibilidad de esa disposición, al considerar que esas previsiones «*encajan dentro de lo contemplado en el artículo 237 de la Carta, que le atribuye al Consejo de Estado las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, al igual que el cumplimiento de las demás funciones que le asigne la ley*». Agregó que ese control «**constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales**» (negrillas por fuera del texto original).

Con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el artículo 136 reprodujo el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, e incorporó en el artículo 185 un trámite expedito y sumario para el control inmediato de legalidad, el cual se caracteriza por no tener un carácter adversarial. De allí que algunas expresiones como *auto admisorio de la demanda* o *acto demandado*, no sean propias de un control automático en el que se avoca o no el conocimiento del asunto, se garantiza el derecho de participación a través de la fijación de un aviso para que cualquier ciudadano u organizaciones públicas, privadas o expertos defiendan o impugnen la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo, es obligatorio que el Ministerio Público rinda concepto y termina con la adopción de una sentencia.

Así las cosas, el control inmediato de legalidad, en tanto manifestación del control de constitucionalidad, habilita a la jurisdicción contencioso administrativa para examinar desde el punto de vista formal y material las medidas administrativas de contenido general expedidas por las autoridades nacionales y territoriales, llámense reglamentos o actos administrativos, en desarrollo de los decretos legislativos dictados durante los estados de excepción, como una contención adicional al control jurídico que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos.

La potestad reglamentaria¹⁹, ha sido entendida por la jurisprudencia de esta Corporación como la «*facultad constitucional atribuida de manera permanente a algunas autoridades para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, mediante las cuales se desarrollan las reglas y principios en ella fijados. Su propósito es señalar aquellos detalles y pormenores necesarios que permitan la debida aplicación de la ley, sin que en ningún caso puedan modificarla, ampliarla o restringirla en cuanto a su contenido material o alcance*»²⁰, a lo que ha agregado que «**el reglamento no tiene que reproducir la ley en todo su contenido, ya**

¹⁷ Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia.

¹⁸ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁹ En relación con las características de la facultad reglamentaria precisadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado, véase el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 19 de septiembre de 2017, radicación interna 2318, rad. 11001-03-06-000-2016-00220-00.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 26 de septiembre de 2019, exp. 2010-00279-00 y Sentencia de 18 de febrero de 2016, exp. 2013-00018-00. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 14 de noviembre de 2019, exp. 2014-00008-00 (20930).



que es sabido que **su función es la de desagregarla o detallarla** en su contenido en todo aquello que sea necesario, es decir, desarrollarla en las circunstancias y detalles no explícitos en la misma, y en ese evento seguirían vigentes por cuenta de la normativa reglamentada»²¹ (negritas por fuera del texto original).

Para Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, «se llama potestad reglamentaria al poder en virtud del cual la Administración dicta Reglamentos; es, quizá, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento. De este modo la Administración no es sólo un sujeto de Derecho sometido como los demás a un ordenamiento que le viene impuesto, sino que tiene la capacidad de formar en una cierta medida su propio ordenamiento y aun el de los demás»²².

En relación con la distinción entre acto administrativo y reglamento, sostienen que «el acto administrativo, sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en éste; para un nuevo cumplimiento habrá que dictar eventualmente un nuevo acto (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o de información pública, una nueva orden general). En cambio, la norma ordinamental [reglamento] no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos; sigue 'ordenando' la vida social desde la superioridad. (...) Así la potestad reglamentaria no corresponde más que a aquellos órganos a quienes específicamente se la atribuye el ordenamiento; en cambio el poder de dictar actos administrativos es una cualidad general de todo órgano de la Administración, su modo normal de expresarse»²³.

En definitiva, en un escenario de poderes de excepción en el que el Presidente de la República cuenta con amplias facultades normativas y, por contera, las autoridades en ejercicio de la función administrativa, se hacen necesarios controles jurídicos reforzados, uno de ellos el control inmediato de legalidad, «con el fin de verificar que tales determinaciones, adoptadas en ejercicio de la función administrativa, no desborden las finalidades y los límites establecidos por la Constitución Política, por la Ley y por el propio Gobierno Nacional en los decretos respectivos»²⁴.

2.4. Los instrumentos internacionales como parámetro en el control inmediato de legalidad

El estudio de las medidas administrativas de contenido general como desarrollo de los decretos legislativos en los estados de excepción, además de realizarse desde el marco constitucional y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, debe atender las obligaciones de los instrumentos internacionales aplicables, ratificados por el Estado colombiano, como obligaciones adquiridas de buena fe que no pueden ser desatendidas (art. 93 de la Constitución).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha entendido que ese análisis se debe efectuar bajo la noción del control de convencionalidad, denominación que desarrolló ese tribunal internacional por primera vez en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*²⁵, en los siguientes términos:

²¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 7 de mayo de 2007, exp. 2003-00334-01.

²² Curso de Derecho Administrativo I, decimosexta edición, Navarra, 2013 (reimpresión 2014), Thomson Reuters – Civitas, editorial Aranzadi, p. 207.

²³ *Op. Cit.* Curso de Derecho Administrativo, p. 214.

²⁴ Sentencia de 29 de octubre de 2013, exp. 2011-00744-00 (CA), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁵ Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.



«124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Posteriormente, en los casos *Boyce y otros Vs. Barbados*²⁶, *López Lone y otros Vs. Honduras*²⁷ y *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*²⁸, entre otros, la Corte IDH ha ido delineando las características del control de convencionalidad, las cuales se pueden resumir así:

«a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
c) para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
d) es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública, y
e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública»²⁹.

Como se indicó en el numeral 2.1. *supra*, la declaratoria de los estados de excepción está estrechamente ligada al Estado de Derecho, lo que supone que el Presidente de la República tiene precisos límites formales y materiales señalados en la Constitución Política, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción y los instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario ratificados por el Estado colombiano, lo que se extiende a las demás autoridades administrativas.

El artículo 214 de la Carta Política establece como reglas del derecho internacional, a las que se someterán los estados de excepción: (i) que no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales; en todo caso, se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario y (ii) que una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales.

Los estándares internacionales aplicables en los estados de excepción, se encuentran en el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas *Leandro Despouy* sobre los derechos humanos y los estados de excepción del 23 de junio de 1997, fruto de 12 años de trabajo ininterrumpido, en el que recogió la evolución en el ámbito internacional sobre la protección de los derechos humanos durante los estados de excepción y consolidó el marco jurídico de referencia contenido en

²⁶ Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

²⁷ Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.

²⁸ Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

²⁹ Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad. En: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>



los instrumentos internacionales que regulan los estados de excepción, destacando los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³⁰, 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)³¹, vinculantes para el Estado colombiano en virtud de la cláusula de reenvío del artículo 93 de la Constitución Política, y 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos que, para el Estado colombiano, no es vinculante.

En el mencionado Informe, se hace referencia a la evolución de la protección internacional de los derechos humanos bajo el estado de excepción y se destaca el especial reconocimiento que el derecho internacional contemporáneo hace del individuo como sujeto de derecho internacional. De igual manera, señala que la aplicación de los estados de excepción no solo está condicionada «a la existencia de una emergencia grave que afecte al conjunto de la población sino que, además, debe cumplir con determinados requisitos específicos, como son por ejemplo la declaración oficial del estado de excepción, la proporcionalidad de las medidas, elementos estos que definen su legalidad. En definitiva, estos requisitos, además de imponer limitaciones concretas al ejercicio de las facultades extraordinarias o al ejercicio de los llamados 'poderes de crisis', obran, en la práctica, a la manera de garantías jurídicas, explícitas o implícitas, para preservar la vigencia de los derechos humanos en dichas circunstancias».

Ahora bien, con el fin de precisar el marco de acción o las obligaciones internacionales que se derivan de los artículos 4 y 27 del PIDCP y la CADH, respectivamente, se hará referencia al contenido de esas disposiciones y, enseguida, se mostrarán los principios que de ellos emergen como límites aplicables en los estados de excepción desarrollados en el Informe.

El artículo 4 del PIDCP, dispone:

«1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan

³⁰ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 A(XXI) el 16 de diciembre de 1966. Aprobado mediante Ley 74 de 26 de diciembre de 1968, "Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966"; Promulgado mediante Decreto 2110 de 12 de octubre de 1988, "Por el cual se promulgan algunos tratados internacionales"; en vigor para el Estado colombiano. En sentencia del 29 de octubre de 2019, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sostuvo que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son instrumentos que hacen parte de la denominada Carta Constitucional Internacional de los Derechos Humanos (numeral 51). Exp. 110010315000201802616-01 (Acumulado 110010315000201802672-00), M.P. Hernando Sánchez Sánchez.

³¹ Aprobada mediante la Ley 16 de 30 de diciembre de 1972 "[...] Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 [...]". Promulgado mediante Decreto 2110 de 12 de octubre de 1988, "Por el cual se promulgan algunos tratados internacionales"; en vigor para el Estado colombiano.



suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión».

A su turno, el artículo 27 de la CADH establece:

«Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión».

Con base en lo anterior, el Informe detalla los principios que deben cumplirse en los estados de excepción para definir su conformidad con las normas internacionales, a saber:

- (i) Principio de legalidad, en virtud del cual es necesaria la preexistencia de normas que lo regulan y la existencia de mecanismos de control;
- (ii) Principio de proclamación o de publicidad, cuya finalidad es que haya una declaración oficial que dé cuenta de la amplitud material, territorial de la aplicación de medidas de emergencia;
- (iii) Principio de notificación, dirigido a la comunidad internacional, con el fin de informar sobre la imposibilidad de cumplir transitoriamente ciertas obligaciones adquiridas por el Estado Parte en una convención. También se debe notificar el levantamiento de la medida de excepción;
- (iv) Principio de temporalidad, dirigido a que se indique la limitación en el tiempo y evitar la permanencia indefinida del estado de excepción;
- (v) Principio de amenaza excepcional, relativo a la naturaleza del peligro y a los presupuestos de hecho, los cuales se circunscriben al concepto de *circunstancias excepcionales*;
- (vi) Principio de proporcionalidad, que supone una relación de adecuación entre el peligro inminente y los medios utilizados para repelerlo. Además, para ser legítimos deben ser proporcionales a la gravedad del peligro;
- (vii) Principio de no discriminación, que debe ser considerado como una condición especial para ejercer el derecho de suspensión que esos



instrumentos reconocen a los Estados Partes, el cual no acepta ningún tipo de limitación ni derogación; y

- (viii) Principios de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las normas del derecho internacional, los cuales buscan armonizar las distintas obligaciones asumidas por los Estados en el orden internacional y a reforzar la protección de los derechos humanos en las situaciones de crisis mediante la aplicación concordante y complementaria de las normas establecidas para salvaguardar los derechos humanos en los estados de excepción.
- (ix) Principio de intangibilidad del ejercicio de los derechos humanos fundamentales, respecto del cual el artículo 27 de la CADH dispone un listado de derechos más amplio, en comparación con el artículo 4 del PIDCP, a lo que se agrega la imposibilidad de suspender los derechos de amparo y hábeas corpus para proteger los derechos y libertades en los estados de excepción.

Así las cosas, los estándares del derecho internacional se constituyen en un parámetro de referencia obligatorio en el examen del control inmediato de legalidad, lo que se traduce en un examen de convencionalidad de las medidas administrativas adoptadas por las autoridades como desarrollo de los decretos legislativos en los estados de excepción.

2.5. Características del control inmediato de legalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Para materializar las medidas que adopta el Gobierno Nacional en vigencia de los estados de excepción, las autoridades de distinto orden pueden hacer uso de la facultad reglamentaria con el fin de desarrollar los decretos legislativos, según la naturaleza y las funciones asignadas en la Constitución y en la ley, actos administrativos que son objeto de control inmediato de legalidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido las características o componentes mínimos del control de legalidad asignado a la jurisdicción contencioso administrativa, precisando distintos criterios que regulan el trámite y los efectos de la decisión.

En un primer momento, el Consejo de Estado sostuvo que la Ley 137 de 1994 no había consagrado un procedimiento especial para dicho trámite, pero que ese marco normativo indicaba como principal característica la **inmediatez**. Al respecto, en providencia de 17 de septiembre de 1996³², la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación expresó lo siguiente:

«Finalmente, se advierte, la ley no estableció actuación alguna que debiera cumplirse para el ejercicio de control de legalidad, sino que determinó que éste fuera inmediato, esto es, enseguida, sin la mediación de trámites, que ninguno fue dispuesto, lo cual no obsta para que el Consejo de Estado, si así lo estimara, decreta y practique las pruebas que considere necesarias».

En lo sucesivo, la jurisprudencia del Consejo de Estado fue agregando unas condiciones y características del control inmediato de legalidad. En tal sentido, en providencia de 9 de febrero de 1999³³, hizo referencia al carácter **autónomo**, teniendo en cuenta que no está condicionado a que la Corte Constitucional previamente resuelva sobre la exequibilidad de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República en el estado de excepción.

³² M.P. Mario Alario Méndez. Radicación CA-001. Reiterada en sentencia 21 de junio de 1999, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación número CA-026.

³³ M.P. Javier Díaz Bueno. Radicación CA-008.



Posteriormente, en sentencia de 7 de febrero de 2000³⁴, consolidó las características del control inmediato de legalidad que se venían desarrollando en la jurisprudencia. Así, junto al carácter **inmediato y autónomo**, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se refirió al carácter oficioso, integral, a los efectos de cosa juzgada relativa y a la compatibilidad con otras acciones contenciosas establecidas en el ordenamiento jurídico en defensa de la legalidad de los actos administrativos.

Sobre ese particular, explicó que el **carácter oficioso** surge de lo establecido en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 137 de 1994, que establece que las autoridades que expidan decisiones administrativas sujetas a control inmediato de legalidad (porque desarrollan o reglamentan un decreto legislativo expedido en desarrollo del estado de excepción), deben ser remitidas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, lo que significa que la posibilidad de adelantar un examen de legalidad a las medidas adoptadas por las autoridades públicas en desarrollo de los decretos legislativos, sin que intervenga la solicitud de un particular, dado que *«basta que sean expedidas para que surja la competencia de esta jurisdicción y la obligación de la autoridad que las profiere de remitirlas a examen»*. Ahora bien, la omisión en la remisión del acto administrativo no impide que se adelante el estudio correspondiente por parte de la jurisdicción administrativa de manera oficiosa.

El **control integral**, hace referencia a los aspectos que se revisan en el examen de legalidad, tales como, la competencia para expedir las medidas objeto de estudio, los requisitos de forma y de fondo, la conexidad con las circunstancias en las que se origina, teniendo en cuenta que la finalidad que deben perseguir es la de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, el carácter transitorio, la proporcionalidad y su conformidad con el ordenamiento jurídico.

En sentencia de 23 de noviembre de 2010³⁵, emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se precisó que esa integralidad *«no puede fundarse en los mismos parámetros de aquel que le compete a la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción, por expreso mandato superior (arts. 241 numeral 7° y 215, parágrafo). Dado que no es lo mismo revisar una norma legal de excepción delante de un número finito de disposiciones (como es la Constitución), que revisarla frente al 'resto del ordenamiento jurídico'. Si bien es cierto que el control automático supone un control integral, no puede pretenderse con ello que al ejercer tal control, el juez revise todo el ordenamiento jurídico»*.

De acuerdo con lo anterior, precisó que corresponde confrontar las medidas objeto de estudio *«en primer lugar con la normativa propia de la situación de excepción, y en todo caso, si el Juez se percata de la existencia de la vulneración de cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones con fuerza de ley, dictadas al amparo del estado de excepción, procederá a declarar la ilegalidad de la norma que ha sido remitida para revisión a través del control inmediato de legalidad»*.

En relación con los **efectos de cosa juzgada relativa**, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que la decisión que se profiera en el trámite del control de legalidad está investida del carácter de cosa juzgada relativa, lo que habilita la posibilidad de que, con posterioridad, cualquier persona en ejercicio de las

³⁴ Radicación CA-033. Reiterada en Sentencia de 28 de enero de 2003, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 11001-03-15-000-2002-0949-01.

³⁵ M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 11001-03-15-000-2010-00196-00.



acciones contenciosas, pueda impugnar dichas medidas sobre aspectos que no fueron objeto de pronunciamiento en virtud del control inmediato de legalidad.

De lo anterior, se desprende otra característica: **la compatibilidad con otras acciones contenciosas** configuradas en defensa de la legalidad. Ello significa que no invalida el derecho que les asiste a las personas para impugnar en interés del orden jurídico dado el carácter general de las medidas objeto del control.

Las citadas características fueron reiteradas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de 23 de noviembre de 2010³⁶, en la que sostuvo que, además de las señaladas, el control inmediato de legalidad es **jurisdiccional**³⁷, «*en la medida en que se resuelve mediante un proceso judicial y se materializa con una Sentencia*». De esta manera se dejó atrás la discusión planteada en aclaraciones y salvamentos de voto en donde se indicaba que la decisión del control de legalidad no tenía la característica de una sentencia judicial, en tanto no garantizaba el debido proceso sino se trataba de un '*procedimiento o trámite sumario*'³⁸.

En suma, el control inmediato de legalidad (i) tiene la connotación de un proceso judicial y la providencia con la que concluye tiene las características de una sentencia judicial, (ii) es automático e inmediato, (iii) es integral, (iv) es autónomo, (v) la sentencia que decide el control de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa y, por lo tanto, (vi) es compatible con las acción de simple nulidad y de nulidad por inconstitucionalidad prevista en el artículo 237-2 de la Constitución Política³⁹.

3. Examen de constitucionalidad y de legalidad de la Resolución No. 1774 de 2020

3.1. Estudio de los presupuestos formales

3.1.1. De conformidad con los parámetros que ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, la revisión de los requisitos formales se encamina a constatar que la Resolución No. 1774 de 2020, proferida por el Ministro de Salud y Protección Social, se haya dictado con competencia de la autoridad y con el cumplimiento de los presupuestos contenidos en los artículos 20 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del CPACA, esto es, (i) que las medidas de carácter general sean emanadas de autoridades nacionales, (ii) dictadas en ejercicio de la función administrativa y (iii) como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción.

3.1.2. En primer término, respecto de la competencia como elemento subjetivo de la validez del acto administrativo, entendida por la doctrina como «*la medida de la potestad que corresponde a cada órgano, siendo siempre una determinación normativa*»⁴⁰, la Sala observa que el Ministro de Salud y Protección Social conforme con lo establecido en el inciso segundo del artículo 115 de la Constitución Política hace parte del Gobierno Nacional (*ratione loci*), cartera cuyo objetivo de conformidad con lo previsto en el artículo 1° del Decreto 4107 de

³⁶ M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila Expediente 11001-03-15-000-2010-00411-00.

³⁷ Ver sentencia de 18 de enero de 2011. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, expediente 11001-03-15-000-2010-00165-00.

³⁸ Salvamento de voto del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora a la providencia de 19 de octubre de 1999, radicación CA-038.

³⁹ Sentencia de 5 de marzo de 2012, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente 11001-03-15-000-2010-00369-00.

⁴⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, decimosexta edición, Navarra, 2013 (reimpresión 2014), Thomson Reuters – Civitas, editorial Aranzadi, p. 596.



2011⁴¹, es «*formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud (...)*».

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 61 literal c) de la Ley 489 de 1998, le corresponde a los Ministros ejercer, bajo su propia responsabilidad, las funciones que les delegue la ley, atribución que se reitera en el artículo 6 numeral 22 del Decreto 4107 de 2011.

En ese orden de consideraciones, como quiera que el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, le asignó al Ministerio de Salud y Protección Social la facultad de expedir el reglamento para definir los perfiles ocupacionales del talento humano en salud⁴², que serán beneficiarios del reconocimiento económico de acuerdo a su nivel de exposición al COVID-19 (*ratione materiae*), por una única vez, durante el término de duración de la emergencia sanitaria (*ratione loci*), para la Corporación se encuentra cumplido el presupuesto de la competencia para expedir la Resolución No. 1774 de 2020.

3.1.3. De otra parte, la Resolución No. 1774 de 2020 fue expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, como autoridad del orden nacional, en ejercicio de la función administrativa, a quien le corresponde la orientación y coordinación del ejercicio de las funciones a cargo de los organismos y entidades que conforman el sector administrativo⁴³, a lo que se debe agregar que conforme con lo previsto en el artículo 38, numeral 1, literal d) de la Ley 489 de 1998, hace parte de la Rama Ejecutiva del sector central.

Esa manifestación de la administración contenida en el acto bajo examen debe ser entendida como un acto administrativo de carácter general, el cual ha sido caracterizado en la jurisprudencia de esta Corporación como aquel «*que establece supuestos objetivos, impersonales y abstractos, lo cual implica como característica esencial que se encuentra dirigido a una pluralidad indeterminada de personas*»⁴⁴.

De esta manera, se encuentra cumplido el requisito consistente en que las medidas objeto de control inmediato de legalidad, hayan sido dictadas en ejercicio de la función administrativa.

3.1.4. En tercer lugar, la Sala observa que la Resolución No. 1774 de 2020 cuyo propósito es definir los perfiles ocupacionales para acceder a un reconocimiento económico, por una única vez, en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, la metodología para el cálculo del monto y el mecanismo de giro a cargo de la ADRES, se expidió en desarrollo del artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, lo cual se menciona expresamente en el encabezado del acto administrativo, razón suficiente para concluir que esta condición de aplicación se encuentra cumplida en esta oportunidad, lo cual se evidenció, igualmente, en el auto que avocó el conocimiento del medio de control.

3.1.5. Finalmente, la decisión administrativa bajo examen cumple los demás requisitos de forma que ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación para su expedición⁴⁵, esto es, el número consecutivo, la fecha, el título, la autoridad

⁴¹ «*Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social*».

⁴² De conformidad con el artículo 2 numeral 11 del Decreto 4107 de 2011, le corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social «*formular y evaluar la política de talento humano en salud, en coordinación con las entidades competentes, que oriente la formación, ejercicio y gestión de las profesiones y ocupaciones en salud*».

⁴³ Ley 489 de 1998, art. 44.

⁴⁴ Sentencia de 8 de mayo de 2020, M.P. Hernando Sánchez Sánchez, exp. 2020-01061-00.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de 29 de octubre de 2013, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, exp. 2012-00348-00 (CA), 15 de octubre de 2013,



administrativa que la expide, las normas jurídicas que habilitan la competencia, los considerandos, la parte dispositiva y la firma del funcionario.

Así las cosas, la Sala concluye que se cumplen los presupuestos formales que habilitan el análisis de fondo de la Resolución No. 1774 de 2020, proferida por el Ministro de Salud y Protección Social.

3.2. Estudio de constitucionalidad y de legalidad de la Resolución No. 1774 de 2020

La jurisprudencia de esta Corporación, a propósito del estudio material de las medidas administrativas objeto de control inmediato de legalidad, ha señalado que se deben sustentar en los juicios de conexidad y de proporcionalidad, lo que no excluye otros juicios contenidos en la Ley 137 de 1994 (finalidad, necesidad fáctica y jurídica, motivación suficiente, motivación de incompatibilidad, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica y no discriminación), en tanto de conformidad con el artículo 2 de esa normativa, su objeto es regular las facultades atribuidas al Gobierno Nacional durante los estados de excepción y establecer los controles al ejercicio de las facultades excepcionales, así como las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales.

3.2.1. Juicio de conexidad

3.2.1.1. De conformidad con el artículo 215 de la Constitución Política, los decretos ley que dicte el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, en el estado de emergencia económica, social y ecológica, deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, es decir, deben guardar conexidad con las causas que dieron lugar a su declaratoria. En igual sentido, el artículo 47 de la Ley 137 de 1994 establece que los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con ese estado de excepción.

Esta Corporación, en orden a efectuar el control inmediato de legalidad, ha precisado que el análisis de la conexidad busca *«establecer si la materia del acto objeto de control inmediato tiene fundamento constitucional y guarda relación directa y específica con el estado de emergencia declarado y el decreto legislativo que adopta medidas para conjurarlo. Se puede afirmar que hay conexidad entre el decreto legislativo y el decreto que lo desarrolla cuando entre uno y otro hay una correlación directa»*⁴⁶.

3.2.1.2. Para la Sala, la Resolución No. 1774 de 2020 tiene como propósito materializar la retribución económica creada por el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 para el personal de la salud que ha desplegado todos sus esfuerzos humanos y profesionales para contener y mitigar el COVID-19, lo que de conformidad con el artículo 95 de la Constitución Política *«enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional»*, en tanto la prestación de los servicios de salud de todo el talento humano, incluidos quienes se encuentran en formación (Decreto Legislativo 538 de 2020, art. 9), con algunas excepciones, debe ser entendida como una expresión del principio constitucional de solidaridad social (art. 95 numeral 2 de la Constitución), en virtud del cual se debe responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o a la salud de las personas.

M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, exp. 2010-00390-00 (CA) y 19 de mayo de 2020, M. P: César Palomino Cortés, exp. 2020-01013-00.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 11001-03-15-000-2015-02578-00(CA), sentencia de 24 de mayo de 2016, M.P. Guillermo Vargas Ayala.



La Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2020⁴⁷, al abordar el estudio del artículo 9 del Decreto Legislativo 538 de 2020, relativo al llamado forzoso del talento humano para la prestación de servicios de salud evidenció que se encontraban en tensión los principios de solidaridad en sus dos dimensiones (derecho-deber) y la defensa de las garantías y libertades individuales que consagra la Constitución Política, y concluyó que la aparición de una pandemia global que amenaza la salubridad pública y la vida, con los incalculables daños económicos y sociales, la movilización del talento humano en salud resultaba indispensable y razonablemente obligatoria con el fin de contener y mitigar el COVID-19.

Sin embargo, precisó que para garantizar la proporcionalidad de esa obligación, *«el Estado despliegue una serie de acciones dirigidas a garantizar la salud, vida, integridad y dignidad de cada uno de los sujetos pasivos del llamamiento a prestar servicios que el referido artículo establece. Así, en aras de legitimar su llamado, el Estado debe, por ejemplo, garantizar que a cada persona llamada con arreglo al mencionado artículo 9, antes de comenzar a prestar sus servicios y durante el tiempo en que dure la emergencia sanitaria: (i) se le entreguen todos los Elementos de Protección Personal - EPP recomendados por la OMS para el THS, según el área de prestación de servicios del caso, so pena de que el llamado pueda legítimamente rehusarse a atender el deber constitucional que le impone el artículo 9º del decreto; (ii) se le brinde un entrenamiento específico relacionado directamente con el servicio que va a prestar; (iii) se le otorgue el periodo de descanso y recreación que toda persona requiere para el normal desempeño de sus funciones, todo ello de acuerdo con las normas laborales vigentes; (iv) se le asigne un lugar a la prestación del servicio razonablemente cercano a su hogar, si el respectivamente llamado así lo solicita; y (v) se le reconozca la remuneración económica que corresponda al tiempo invertido en desempeño de su deber constitucional. Además, el llamamiento que prevé el mencionado artículo debe atender a criterios de razonabilidad que justifiquen el adecuado despliegue de la política pública implementada para garantizar la participación del THS capacitado para prestar servicios de salud de su especialidad».*

Adicionalmente, a juicio de esta Corporación, el acto administrativo bajo estudio cumple el juicio de *conexidad* con el Decreto 417 de 2020, en el que el elemento central de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica se orientó a la expedición de medidas legislativas orientadas a contener y mitigar el contagio del COVID-19, lo que se puso en evidencia en las consideraciones al indicar que *«el vertiginoso escalamiento del brote del nuevo coronavirus COVID-19 hasta configurar una pandemia, representa actualmente una amenaza global a la salud pública»*, a lo que agregó *«que el sistema de salud colombiano no se encuentra físicamente preparado para atender una emergencia de salud, requiere ser fortalecido de manera inmediata para atender un evento sorpresivo de las magnitudes que la pandemia ha alcanzado».*

Señaló *«que el posible aumento de casos de contagio del nuevo Coronavirus COVID-19 constituye un reto de dimensiones inusuales para el Sistema Nacional de Salud, quien no solo debe atender las necesidades de los directamente afectados, sino que tiene la responsabilidad de impedir la extensión de los efectos hacia todos los habitantes del país, lo cual exige la disposición de ingentes recursos económicos y la adopción de parte de todas las entidades del Estado y de los particulares de las acciones necesarias para restringir el contacto de los habitantes, con la finalidad de garantizar las condiciones necesarias de atención en salud, evitar el contagio de la enfermedad y su propagación».*

La Sala encuentra que el acto administrativo bajo examen tiene *conexidad* con el Decreto Legislativo 538 de 2020, en el que en los considerandos se hace

⁴⁷ M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



referencia a que la Organización Mundial de la Salud, OMS, ha señalado que el personal de la salud se encuentra en la primera línea de respuesta y está expuesto a un alto riesgo de contagio del COVID-19, y que los peligros están asociados a (i) la alta exposición al virus; (ii) las largas jornadas de trabajo y (iii) al alto nivel de estrés, fatiga y estigmas, razón por la cual, indicó, *«que es pertinente incentivar la labor adelantada por el talento humano en salud que presta sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de Coronavirus COVID-19, incluidos quienes realicen vigilancia epidemiológica, por medio de un reconocimiento económico adicional a los que reciben por ley»*.

3.2.1.3. De conformidad con lo expuesto, el presupuesto de la conexidad se encuentra cumplido, en tanto la medida administrativa contenida en la Resolución No. 1774 de 2020, en la que se definen los perfiles ocupacionales para el reconocimiento del beneficio económico a favor del talento humano en salud, por una única vez, la metodología para el cálculo del monto y el mecanismo de giro de los recursos, guarda relación directa y específica con los motivos que llevaron a declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica (conexidad interna), y con el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 en el que se establece concretamente el marco normativo habilitante de excepción (conexidad externa), por lo que en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación existe correlación directa con el acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad.

3.2.2. Juicio de motivación suficiente

3.2.2.1. La motivación de los actos administrativos debe ser entendida *«como un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional; por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión»*⁴⁸.

En el contexto de los estados de excepción, este presupuesto sustancial adquiere una relevancia especial por la habilitación legislativa que la Constitución Política le entrega, bajo determinadas y estrictas condiciones, de manera extraordinaria al Presidente de la República, por lo que el deber de motivación es imperativo desde los artículos 212, 213, 214 y 215 de la Carta. Esa misma exigencia está presente en la Ley Estatutaria 137 de 1994, en relación con la justificación expresa de la limitación de los derechos constitucionales (art. 8), la necesidad de dictar decretos legislativos (art. 11), la motivación de incompatibilidad (art. 14) y el juicio de no discriminación (art. 14), entre otros.

Ese estándar de motivación suficiente se aplica, igualmente, para las demás autoridades administrativas del orden nacional, quienes en el marco de los estados de excepción quedan investidas de amplias facultades para expedir actos administrativos de carácter general o reglamentos que desarrollen decretos legislativos, los cuales deben ser remitidos a esta Corporación para su escrutinio a través del control inmediato de legalidad, que tiene como uno de sus atributos la integralidad.

3.2.2.2. Descendiendo al asunto bajo examen, la Sala encuentra que este presupuesto sustancial de validez se encuentra cumplido en la Resolución No. 1774 de 2020, en tanto la definición de los perfiles ocupacionales para el

⁴⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, decimosexta edición, Navarra, 2013 (reimpresión 2014), Thomson Reuters – Civitas, editorial Aranzadi, p. 612.



reconocimiento económico, por una única vez, para el talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, la metodología para el cálculo del monto y el mecanismo de giro, se sustentó en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 como marco normativo de excepción en el que se consagró esa retribución económica para el personal de la salud.

Asimismo, la autoridad emisora del acto administrativo se refirió a la Resolución No. 385 de 2020, por medio de la cual el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria, medida prorrogada en las Resoluciones Nos. 844 y 1462 de 2020.

Mencionó las Resoluciones Nos. 1172, 1182, 1312 y 1468 de 2020, por medio de las cuales la referida cartera ministerial definió las condiciones del talento humano en salud y estableció el reporte de información del personal a cargo del Instituto Nacional de Salud, las IPS y las entidades territoriales, y la comunicación por medio de la cual la ADRES, remitió la base de datos para la definición de los perfiles y de los valores a reconocer, información que indica el acto administrativo, fue validada por la Dirección de Desarrollo de Talento Humano del Ministerio de Salud y Protección Social.

Destacó que esa cartera ministerial diseñó una metodología para determinar el monto del reconocimiento económico temporal, definida en dos etapas: La primera, en la que se efectuó una estimación en salarios mínimos mensuales legales vigentes como una proporción del ingreso base de cotización al que se le aplica un ajuste por exposición al riesgo. La segunda, en la que se aplica el criterio de formación académica y su nivel de exposición.

Además de las razones expuestas en los considerandos del acto administrativo, en los Anexos Técnicos Nos. 1 y 2 se incluyeron razones suficientes que dan cuenta de su motivación, relativas a la metodología para establecer el reconocimiento económico temporal para el talento humano en salud con el fin de lograr la contención y mitigación del COVID-19, y en concreto, el valor del reconocimiento de conformidad con cada perfil ocupacional.

3.2.2.3. Así las cosas, la Sala encuentra que el juicio de motivación suficiente se encuentra cumplido, toda vez que las razones expuestas en la Resolución No. 1774 de 2020, responden a un juicio argumentativo ponderado y lógico que permite justificar de manera razonable la definición de los perfiles ocupacionales para el reconocimiento económico, por una sola vez, en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, la metodología para el cálculo del monto, y el mecanismo de giro a cargo de la ADRES.

3.2.3. Juicio de proporcionalidad

3.2.3.1. El artículo 13 de la Ley 137 de 1994, dispone que *«las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar»*.

Para la Corte Constitucional, el juicio de proporcionalidad tiene como propósito constatar si la medida resulta excesiva por no guardar correspondencia con la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, y determinar si el grado de limitación en el ejercicio de los derechos y libertades no es *«estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad»*⁴⁹.

⁴⁹ Sentencia C-252 de 2020, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



Para la misma corporación judicial, el juicio de proporcionalidad «*se traduce en un balance acerca de la correspondencia entre las medidas adoptadas, su fuerza para conjurar la emergencia y sus consecuencias frente a los principios constitucionales*».

3.2.3.2. En el asunto bajo examen, la parte dispositiva de la Resolución No. 1774 de 2020 está conformada por siete artículos cuyos contenidos generales son los siguientes:

El artículo 1 se refiere al objeto de la medida administrativa consistente en la definición de los perfiles ocupacionales para los beneficiarios del reconocimiento económico destinado al talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, el monto que por una única vez recibirán y el mecanismo de giro. El artículo 2 alude al ámbito de aplicación del acto administrativo.

El artículo 3 precisa la metodología para determinar el valor del reconocimiento económico temporal para el talento humano en salud, de conformidad con lo señalado en el Anexo Técnico No. 1.

El artículo 4 adopta los valores del reconocimiento económico atendiendo el perfil ocupacional y los incluye en el Anexo Técnico No. 2. Indica que en caso de que se presenten más de dos perfiles reportados por el Instituto Nacional de Salud, la IPS o la entidad territorial y que estos se encuentren registrados en el ReTHUS, solo se reconocerá el incentivo por el mayor valor y se realizará un único pago por profesional de la salud (parágrafo 1). De igual manera, que el reconocimiento económico temporal no será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, ni superior a cuatro punto cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (parágrafo 2). Por último, destaca que el reconocimiento de esos valores a cargo de la ADRES estará sujeto a la disponibilidad de los recursos (parágrafo 3).

El artículo 5 establece la validación de los reportes del talento humano en salud a cargo de la ADRES, las entidades territoriales y las IPS.

El artículo 5 (sic)⁵⁰ señala que el reconocimiento y trámite de giro le corresponde a la ADRES, entidad que definirá los términos y las condiciones que deberá cumplir el Instituto Nacional de Salud, las IPS y las entidades territoriales para el pago del reconocimiento económico temporal al talento humano en salud beneficiario. Agrega que ese giro se podrá realizar directamente a los beneficiarios, a las entidades territoriales y al Instituto Nacional de Salud (parágrafo 1). Asimismo, indica que el reconocimiento económico se realizará a las cuentas bancarias que sean registradas por el Instituto Nacional de Salud, las IPS o las secretarías de salud y precisa que los recursos que se transfieran no estarán exentos de los descuentos por débito automático que hayan autorizado los titulares beneficiarios en las diferentes entidades bancarias, de servicios o de comercio tanto a favor de terceros como para abonar obligaciones a favor de dichas entidades (parágrafo 2). Finalmente, sostiene que para efectos del reconocimiento económico para el talento humano en salud fallecido, la ADRES verificará que el fallecimiento haya ocurrido durante la emergencia sanitaria y realizará el giro a los beneficiarios en los términos que la entidad disponga (parágrafo 3).

El artículo 6 menciona que en relación con los regímenes especial y de excepción, así como el Fondo Nacional de Salud para la población privada de la libertad, podrán tener en cuenta las disposiciones del acto administrativo y realizar las respectivas gestiones, así como la apropiación de los recursos dispuestos para tal fin.

⁵⁰ El acto administrativo repite el artículo 5 con contenidos normativos diferentes.



Por último, el artículo 7 alude a la vigencia de la Resolución No. 1774 de 2020 a partir de la fecha de su publicación.

3.2.3.3. El principio de solidaridad social se erige como uno de los pilares en los que se sustenta el Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución), principio al que debe sujetarse tanto el derecho a la seguridad social (art. 48 de la Constitución), como el derecho a la salud (art. 49 de la Constitución), ambos calificados como servicios públicos, y es a su vez un deber de la persona y del ciudadano (art. 95 numeral 2 de la Constitución). La Corte Constitucional en la referida Sentencia C-252 de 2020 precisó que el mismo no tiene carácter absoluto, por lo que haciendo un juicio de ponderación, en el contexto actual de la pandemia por el COVID-19 en el que la demanda de los servicios de salud se iba a incrementar, era necesario por medio de la legislación de excepción convocar al talento humano en salud (Decreto Legislativo 538 de 2020, capítulo II), para que, con algunas excepciones, prestara sus servicios profesionales con el fin de contener y mitigar el COVID-19, para lo cual se dispuso una medida económica compensatoria consistente en un reconocimiento económico temporal, por una única vez, sin que constituya factor salarial, monto que sería determinado por el nivel de exposición del personal de la salud.

El Decreto Legislativo 538 de 12 de abril de 2020, «*Por el cual se adoptan medidas en el sector salud, para contener y mitigar la pandemia de COVID-19 y garantizar la prestación de los servicios de salud, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*», está conformado por tres capítulos (acceso y continuidad en la prestación de servicios de salud para la atención de los pacientes afectados por la pandemia de COVID-19 -capítulo I-, garantía y protección del talento humano en salud para la atención del COVID-19 -capítulo II- y atención del COVID-19 en el marco del aseguramiento en salud -capítulo III-).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-252 de 16 de julio de 2020⁵¹, declaró la exequibilidad del Decreto Legislativo 538 de 2020, salvo la expresión «*La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- compensará de manera automática los saldos adeudados por esta figura en caso de liquidación de Entidades Promotoras de Salud -EPS-*», contenida en el artículo 15 que incorporaba el parágrafo 3 al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

En lo que hace relación con el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, disposición que fue objeto de desarrollo en la Resolución No. 1774 de 2020, la Corte Constitucional al efectuar el estudio conjunto del capítulo II señaló que todas las normas «*cumplen con los juicios de conexidad material interna y externa. De hecho uno de los elementos centrales del decreto de desarrollo en examen y del decreto matriz es, precisamente, la contención y mitigación del COVID-19 mediante estrategias en donde la incidencia del factor humano -principalmente la labor desplegada por el THS- resulta imprescindible. Por esas mismas razones los artículos del segundo capítulo del Decreto 538 también cumplen con los juicios de finalidad, necesidad fáctica y jurídica y motivación suficiente; todo ello si se considera que todas las normas a que alude el Capítulo II únicamente surten efectos mientras perdure la emergencia sanitaria declarada con ocasión del COVID-19*».

3.2.3.4. Para la Sala, la Resolución No. 1774 de 2020 supera el juicio de proporcionalidad porque sus disposiciones guardan correspondencia con la gravedad de los hechos que busca conjurar con ocasión de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica efectuada por medio del Decreto 417 de 2020, específicamente la contención y mitigación del COVID-19, a lo que se debe agregar que no limita el ejercicio de derechos y libertades, razón

⁵¹ Expediente RE-271, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



por la cual no compromete contenidos constitucionales ni desborda el marco de referencia señalado en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020.

Empero, en el análisis de las diferentes disposiciones del acto administrativo será necesario efectuar algunas precisiones en relación con algunos contenidos normativos, respecto de los cuales esta Corporación condicionará la constitucionalidad y la legalidad.

3.2.3.4.1. Los artículos 1 y 2 del acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad se refieren al objeto y al ámbito de aplicación. En relación con el primero señala que su propósito es definir los perfiles ocupacionales que serán beneficiarios del reconocimiento económico destinado al talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, el monto que por una única vez recibirán, y el mecanismo de giro a cargo de la ADRES. El segundo indica que el acto administrativo aplica al talento humano en salud *reportado* por el Instituto Nacional de Salud, la IPS, las entidades territoriales y la ADRES.

De conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Decreto Legislativo 538 de 2020, se entiende por talento humano en salud en ejercicio, los graduados de los programas de educación para el trabajo y el desarrollo humano del área de la salud y de programas de pregrado y posgrado de educación superior del área de la salud, y por talento humano en salud en formación, los estudiantes del área de la salud de programas de educación superior que estén cursando el último año de su pregrado y quienes estén realizando especialización y otra formación de posgrado, y quienes estén cursando el último periodo académico de programas de educación para el trabajo y desarrollo humano.

Es a ese personal de la salud⁵², de conformidad con lo indicado en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, a quienes se dirige el reconocimiento económico temporal con ocasión de la prestación de sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, incluidos quienes realicen vigilancia epidemiológica que estén expuestos a riesgo de contagio, para lo cual la Resolución No. 1774 de 2020 define los perfiles ocupacionales, el monto que recibirán por una sola vez y el mecanismo de giro a cargo de la ADRES, lo que resulta aplicable a todo el personal de la salud *reportado* por el Instituto Nacional de Salud, las IPS, las entidades territoriales y la ADRES, y se encuentra dentro del marco normativo precisado en los artículos 9 y 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, razón suficiente para declarar la constitucionalidad y la legalidad del artículo 1 del acto administrativo bajo examen.

Ahora bien, en relación con el artículo 2 de la Resolución No. 1774 de 2020, en el que se establece que es aplicable «*al talento humano en salud **reportado** (...)*», llama la atención de la Sala que en la memoria justificativa del acto administrativo se indica que en la fase de *reporte* del talento humano en salud, el 9 de septiembre de 2020 la ADRES remitió la base de datos del personal *reportado* para la definición de los perfiles y los valores a reconocer, y «*comunicó que 3.392 entidades habilitadas para reportar **no lo hicieron** en ninguna de las ventanas dispuestas, siendo necesario incluir la posibilidad que dicha entidad establezca un periodo de reporte adicional*», plazo del que no da cuenta el mismo documento antes de la publicación de la Resolución No. 1774 de 2020 (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

⁵² La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha designado el 2021 como el Año Internacional de los Trabajadores Sanitarios y Asistenciales para reconocer y agradecer la inquebrantable dedicación de estos trabajadores a la lucha contra la pandemia de COVID-19. La OMS ha puesto en marcha una campaña de un año de duración con el lema «**Proteger. Invertir. Juntos**». En: <https://www.who.int/es/campaigns/annual-theme/year-of-health-and-care-workers-2021>. Última visita: marzo 8 de 2021.



En ese orden de consideraciones, la Sala con el fin de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad de todo el talento humano en salud del país que ha prestado sus servicios en el contexto de la pandemia actual, no solo el *reportado*, condicionará la constitucionalidad y la legalidad del artículo 2 de la Resolución No. 1774 de 2020, en el entendido de que el Ministerio de Salud y Protección Social, en coordinación con el Instituto Nacional de Salud, las IPS, las entidades territoriales y la ADRES, en virtud del principio de coordinación administrativa, deberán velar porque a la totalidad del personal de la salud que ha prestado sus servicios profesionales y humanos a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, se les garantice el reconocimiento económico, creado como derecho, en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020.

De esta manera, la Sala declarará que el artículo 1 de la Resolución No. 1774 de 2020 se ajusta a derecho, y condicionará la constitucionalidad y la legalidad del artículo 2 del acto administrativo objeto de control en los términos anotados.

3.2.3.4.2. Los artículos 3 y 4 del acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad aluden a la metodología para determinar el valor del reconocimiento y el monto del incentivo económico temporal para el talento humano en salud que presta sus servicios durante el término de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, en su orden, para lo cual se remite a los Anexos Técnicos Nos. 1 y 2.

El Anexo Técnico No. 1 de la Resolución No. 1774 de 2020, incorpora la *Metodología para establecer el reconocimiento económico temporal para el talento humano en salud que preste sus servicios durante el coronavirus COVID-19*, e incorpora los parámetros técnicos para la definición del monto del incentivo creado en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020.

Señala que la ADRES remitió 247.504 registros correspondientes al talento humano en salud que presta sus servicios durante la emergencia sanitaria por causa del COVID-19, información que permitió definir el protocolo para determinar la base del reconocimiento de acuerdo con los aportes realizados a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes a la Seguridad Social (PILA) para el primer trimestre de 2020 y según tipo de IBC, correspondiente a los aportes por salud por mes completo.

Menciona las dos etapas para efectuar el cálculo del reconocimiento económico temporal. En la primera etapa se realiza una estimación en salarios mínimos mensuales legales vigentes como una proporción del Ingreso Base de Cotización (IBC mediano), a la que se le aplica un ajuste por exposición al riesgo, según los lineamientos definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social. En la segunda etapa se aplica el criterio de formación académica con el fin de que haya coherencia entre los diferentes perfiles ocupacionales, su nivel de exposición y el valor del reconocimiento económico temporal.

En relación con la primera etapa, el Anexo Técnico No. 1 destaca dos hechos: (i) que la dispersión de la mediana del Ingreso Base de Liquidación aumenta cuando aumenta el valor de la mediana y (ii) el tamaño de los grupos (perfiles) disminuye cuando aumenta el valor de la mediana del IBC. Asimismo, destaca que la distribución acumulada de la dispersión medida por perfil profesional como desviación estándar, pone en evidencia que alrededor de los cuatro millones de pesos hay un cambio de pendiente, lo que permitió determinar como valores mínimo y máximo para el reconocimiento del incentivo económico 1 SMLMV, como el mínimo de cotización en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y 4.5. SMLMV que resultó del cálculo de la desviación estándar.

Además, establece una categorización (líneas 1, 2 y 3) con el fin de determinar los niveles de exposición al riesgo del COVID-19, de acuerdo a la participación de los



perfiles del talento humano en salud durante las etapas de contención y mitigación de la pandemia. La línea 1 incluye los perfiles priorizados por un muy alto nivel de exposición al virus por la atención directa de pacientes durante la emergencia sanitaria en Unidades de Cuidados Intensivos, Unidades de Cuidado Intermedio y servicios de hospitalización (auxiliares de enfermería, profesional de la enfermería, incluido servicio social obligatorio, y sus especialidades, profesional de terapia física y sus especialidades, profesional de la medicina, incluido servicio social obligatorio y especialistas en cuidado intensivo adulto y pediátrico, medicina interna, anestesiología y emergencias). La línea 2 alude a los perfiles priorizados por un alto nivel de exposición al virus en atención clínica y ambulatoria (auxiliares de salud pública, técnicos y tecnólogos en atención pre hospitalaria, tecnólogos en radiología e imágenes diagnósticas, profesionales de bacteriología, microbiología y bioanálisis, incluido servicio social obligatorio, y sus especialidades, especialistas en salud familiar y comunitaria y médicos especialistas en cirugía general, gineco-obstetricia, neumología, neumología pediátrica, infectología, infectología pediátrica, geriatría, medicina familiar, otorrinolaringólogos y pediatría). La línea 3 se refiere a los demás perfiles.

Respecto de la segunda etapa, relacionada con el nivel de formación académica del talento humano en salud, el Anexo Técnico No. 1 refiere que es una variable diferencial de reconocimiento sujeto a la duración, complejidad y alcance de cada nivel educativo, para lo cual distingue entre:

- (i) Personal técnico laboral por competencias (auxiliares del área de la salud), cuyas competencias están orientadas a brindar apoyo y asistencia a los profesionales e instituciones en las cuales prestan sus servicios;
- (ii) Personal técnico profesional entre 3 y 4 semestres, que comprende tareas relacionadas con actividades técnicas y uso de herramientas que pueden realizarse con cierto nivel de autonomía operativa, programas de formación que enfatizan más en la práctica y en el dominio de procedimientos técnicos que en teoría;
- (iii) Formación tecnológica de 6 semestres, que se refiere al desarrollo de tareas y responsabilidades de concepción, dirección y gestión de conformidad con la especialidad del programa, con un mayor nivel de autonomía en el diseño de aprendizajes y generación de ideas, evaluación y promoción de estrategias y revisión de casos aportando a la obtención de mejores resultados;
- (iv) Profesional de 8 a 10 semestres, perfil que permite el ejercicio autónomo de actividades profesionales de alto nivel;
- (v) Especialización, programa que tiene como propósito la profundización de los saberes propios en un área de la ocupación, disciplina o profesión;
- (vi) Especializaciones médico quirúrgicas, son programas que permiten al médico la profundización en un área de conocimiento específico de la medicina y la adquisición de los conocimientos, desarrollo de actitudes, habilidades y destrezas avanzadas para la atención de pacientes, en los que se requieren procesos de enseñanza-aprendizaje teórico y práctico;
- (vii) Maestría, que tiene por finalidad ampliar y desarrollar los conocimientos, actitudes y habilidades para la solución de problemas disciplinares, interdisciplinarios o profesionales y/o dotar a la persona de los instrumentos básicos que la habiliten como investigador, y
- (viii) Doctorado, que se orienta a la formación de investigadores con capacidad de realizar y orientar en forma autónoma procesos académicos e



investigativos en un área específica del conocimiento y desarrollar, afianzar o profundizar conocimientos, actitudes y habilidades propias de este nivel de formación.

El Anexo Técnico No. 2 de la Resolución No. 1774 de 2020, consagra el *Valor del reconocimiento económico temporal para el talento humano en salud que presten servicios durante el coronavirus COVID-19 por el perfil profesional*, haciendo mención de 190 perfiles profesionales, el código ReTHUS (Registro Único Nacional de Talento Humano en Salud) y el valor del incentivo económico para el talento humano en salud.

A juicio de la Sala, los artículos 3 y 4 del acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad superan el juicio de proporcionalidad porque incorporan contenidos normativos que tienen relación directa y específica con el estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por medio del Decreto 417 de 2020, con ocasión de la calamidad pública por cuenta de la pandemia por el COVID-19, lo que constituyó un reto inusual para el Sistema Nacional de Salud y para el personal de la salud que debió atender el llamado forzoso efectuado por medio del Decreto Legislativo 538 de 2020, con el fin de garantizar la atención oportuna en salud para evitar el contagio de la enfermedad y su propagación, esfuerzo humano y profesional que motivó la creación de un reconocimiento económico temporal, por una única vez, para el talento humano en salud que preste sus servicios durante la emergencia sanitaria a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19.

En las referidas disposiciones, la autoridad administrativa emisora del acto administrativo tuvo en cuenta el total de los registros del talento humano en salud, el IBC promedio de cada perfil ocupacional como el parámetro objetivo para efectuar el cálculo del reconocimiento económico temporal en salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme a lo previsto en el inciso primero del artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, para lo cual atendiendo la desviación estándar fue posible calcular los extremos para determinar los montos, a lo que se debe agregar que la definición de los niveles de exposición al riesgo a partir de los perfiles *muy alto nivel de exposición, alto nivel de exposición y demás perfiles* (líneas 1, 2 y 3), así como el establecimiento de niveles de formación como criterio diferencial para calcular el monto del incentivo económico por perfil ocupacional, no son violatorios del derecho a la igualdad porque son criterios diferenciales que no son arbitrarios ni caprichosos, sino que obedecen razonablemente al mayor o menor nivel de exposición al COVID-19 y a la formación académica del talento humano en salud.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional al referirse a las dimensiones del valor-principio-derecho a la igualdad ha considerado que la norma de la igualdad se convierte en un principio de razonabilidad, por lo que los tratos diferenciados a situaciones iguales o similares son constitucionales, *«siempre y cuando sean justificables frente a las normas superiores»*⁵³.

En lo relativo a los criterios diferenciales de exposición al riesgo y lo atinente al nivel de formación académica para determinar el monto del reconocimiento económico temporal contenido en la Resolución No. 1774 de 2020, la Sala evidencia que la justificación constitucional se encuentra en el deber del Estado de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de protección y recuperación de la salud en el contexto de la pandemia por el COVID-19 (art. 48 inciso primero de la Constitución), lo que explica que respecto del talento humano en salud que tiene mayor exposición al riesgo de contagio y el nivel de formación académica sean variables determinantes para calcular el monto del incentivo como un reconocimiento por esa loable labor profesional y humana desplegada.

⁵³ Sentencia C-519 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.



Tampoco merece reproche alguno de constitucionalidad y de legalidad la definición de los valores del reconocimiento económico temporal contenidos en el Anexo Técnico No. 2 del acto administrativo bajo examen, en tanto responden a la aplicación de la metodología para efectuar el cálculo y a la aplicación de las respectivas ecuaciones contenidas en el Anexo Técnico No. 1, y materializan la norma de excepción consagrada en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, en el que se indica que le corresponderá al Ministerio de Salud y Protección Social definir el monto del reconocimiento, «*como una proporción del Ingreso Base de Cotización -IBC- promedio de cada perfil ocupacional*», entidad que «*definirá los perfiles ocupacionales que serán beneficiarios (...) de acuerdo a su nivel de exposición al Coronavirus COVID-19*».

Adicionalmente, la Sala no advierte que los tres párrafos del artículo 4 de la Resolución No. 1774 de 2020 contraríen el ordenamiento superior, empero, se hace necesario efectuar algunas consideraciones adicionales teniendo en cuenta las solicitudes efectuadas por la Organización Colegial de Enfermería, OCE, y el agente del Ministerio Público.

El párrafo 1 del artículo 4 del acto administrativo objeto de revisión señala que el reconocimiento económico temporal se pagará de acuerdo con el perfil reportado siempre y cuando coincida con el registrado en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud (ReTHUS), en la fecha de liquidación del incentivo (inciso primero). Agrega que el talento humano en salud que presente dos o más perfiles reportados por el INH, la IPS o la entidad territorial y estos se encuentren registrados en el ReTHUS, solo se reconocerá el incentivo por el de mayor valor. En todo caso, solo se realizará un único pago por profesional (inciso segundo).

El ReTHUS creado por el artículo 23 de la Ley 1164 de 2007⁵⁴, modificado por el artículo 100 del Decreto Ley 2106 de 2019⁵⁵, tiene como propósito que el personal de la salud que cumpla con los requisitos para ejercer la profesión se inscriba en ese registro, para lo cual deberá incluir los datos personales, académicos, fecha de inicio del ejercicio, información acerca del cumplimiento del servicio social obligatorio, cuando haya lugar a ello, la entidad que realiza la inscripción del personal y el reporte de información de títulos de especialización, magíster o doctorado del área de conocimiento de ciencias de la salud.

A juicio de la Sala, es válido que para el reconocimiento del incentivo económico de acuerdo con el perfil reportado, deba existir coincidencia con el registrado en el ReTHUS, en la fecha de corte de liquidación del incentivo, lo que se debe entender como una manifestación del principio de organización administrativa, y de veracidad de la información que se requiere para efectos de autorizar el giro económico al talento humano de la salud que, por demás, son recursos públicos.

En relación con el inciso segundo del párrafo 1 de la Resolución No. 1774 de 2020, en el que se limita el único pago del reconocimiento económico temporal en caso de que existan dos o más perfiles reportados al de mayor valor, la Organización Colegial de Enfermería, OCE, indicó que desconoce la realidad socioeconómica y laboral del sector salud en el país, donde más del 80% de los trabajadores prestan sus servicios de manera precaria, por medio de la tercerización laboral, lo que ha llevado a que el talento humano en salud tengan 2 o 3 contratos que generan varias vinculaciones, por lo que, en su sentir, «*no sería legal y desconocería la realidad de todos los trabajadores del sector, solo reconocerles el incentivo económico por el contrato de mayor valor, cuando en los*

⁵⁴ Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud.

⁵⁵ Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública.



demás trabajos independientemente del tipo de vinculación, bien sea laboral, de prestación de servicios, entre otros, igualmente están expuestos a atender pacientes con dichas características, por lo tanto, el mismo deberá reconocerse un único pago por cada contrato y/o servicio que se preste con las características previamente mencionadas».

Para la Sala, contrario a lo señalado por la interviniente, la citada disposición no desconoce el marco normativo habilitante contenido en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, en el que se establece que el reconocimiento económico temporal es *un derecho* otorgado al talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, incluidos quienes realicen vigilancia epidemiológica, que están expuestos a riesgo de contagio, **por una única vez**, emolumento que no constituye factor salarial y que será reconocido con independencia de la clase de vinculación, por lo que darle el entendimiento solicitado permitiría realizar varios reconocimientos económicos lo que desatendería ese límite impuesto por el legislador de excepción.

Dicho en otros términos, el marco de referencia de excepción solamente permitió realizar el reconocimiento del incentivo económico temporal por una única vez al talento humano en salud que hubiera sido llamado forzosamente por la pandemia provocada por el COVID-19, lo que no hace posible acceder al mismo por cada perfil reportado, sino que se sujetó razonablemente al de mayor valor, lo que se explica por el contexto de escasez de recursos, razón suficiente para declararlo ajustado al ordenamiento jurídico.

En relación con el parágrafo 2 del acto administrativo, en el que se define el monto mínimo y máximo determinado en salarios mínimos legales mensuales vigentes (1 SMLMV y 4.5 SMLMV), para la Corporación obedece a la aplicación de las ecuaciones contenidas en el Anexo Técnico No. 1, lo que resultó del cálculo del IBC mediano, de los niveles de exposición al riesgo y de los perfiles profesionales, lo que en modo alguno desconoce mandatos constitucionales y legales.

Finalmente, el parágrafo 3 del artículo 4 de la Resolución No. 1774 de 2020 refiere que el reconocimiento del incentivo económico temporal por parte de la ADRES, «*estará sujeto a disponibilidad de recursos*», último aparte que para la Organización Colegial de Enfermería, OCE y el Ministerio Público desconoce el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, en el que no se supeditó el pago a la disponibilidad presupuestal.

Sobre este particular, la Sala evidencia que, en efecto, el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 no estableció algún condicionante presupuestal para garantizar el reconocimiento y pago del beneficio económico temporal para el talento humano de salud que presta sus servicios en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, al que se le dio la categoría de *derecho*, por lo que, en principio, le asiste razón a la interviniente y a la Vista Fiscal en el sentido de que esa expresión desborda el marco normativo en el que se sustentó.

Sin embargo, en el Formato Único de Memoria Justificativa del Anexo Técnico No. 2 de la Resolución No. 1774 de 2020, al referirse al impacto económico de la medida y a la disponibilidad presupuestal indicó que los «*recursos [ya fueron] asignados del Fondo de Mitigación de Emergencias – FOME y dispuestos a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social – ADRES*», entidad a la que le corresponde garantizar el giro al personal beneficiario.

Entonces, como quiera que el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 le otorgó el carácter de *derecho* al incentivo económico para el talento humano en salud atendiendo los perfiles ocupacionales definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, y están garantizados los recursos del Fondo de Mitigación de



Emergencias, FOME, creado por medio del Decreto Legislativo 444 de 2020, la Sala declarará ajustado al ordenamiento jurídico el parágrafo 3 del artículo 4 del acto administrativo bajo examen.

Por las razones expuestas, la Sala declarará la constitucionalidad y la legalidad de los artículos 3 y 4 de la Resolución No. 1774 de 2020.

3.2.3.4.3. Los artículos 5 y 5 (sic) del acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad incorporan disposiciones relativas a la validación de los reportes del talento humano en salud y el reconocimiento y trámite de giro del inventivo económico al personal beneficiario, en su orden.

La primera disposición indica que la ADRES validará la información del talento humano reportada por el Instituto Nacional de Salud, las entidades territoriales y las IPS, con la información del ReTHUS, la base de datos del servicio social obligatorio, la Planilla Integrada de Aportes, PILA, y las demás que la administradora considere necesarias. Agrega que en caso de presentarse inconsistencias al momento de efectuarse la validación podrá solicitar las explicaciones a las entidades reportantes, antes de efectuar el reconocimiento económico temporal.

Para la Sala, esta disposición se atiene a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, en los que se establece expresamente que el reconocimiento económico será girado por la ADRES, y le otorga una amplia libertad de configuración normativa al Ministerio de Salud y Protección Social para definir el reglamento en el que se incorporan los parámetros de administración del beneficio a cargo de la ADRES, lo que hace menos estricto el análisis del control inmediato de legalidad dada la amplitud del decreto legislativo habilitante, donde tiene cabida lo reglado en relación con la validación de los reportes del talento humano en salud, y los mecanismos de control en caso de que se llegaren a presentar inconsistencias en la validación de la información.

La segunda disposición alude al reconocimiento y trámite de giro, para lo cual se establece que la ADRES definirá los términos y las condiciones que deberá cumplir el Instituto Nacional de Salud, las IPS y las entidades territoriales para el pago del reconocimiento económico temporal. Adicionalmente, el parágrafo 1 señala que el giro del reconocimiento se podrá hacer de manera directa a los beneficiarios a nombre de los prestadores del servicio de salud, las entidades territoriales y el Instituto Nacional de Salud, a partir de los procedimientos que defina para el efecto. El parágrafo segundo autoriza la transferencia a las cuentas bancarias que sean registradas por las mismas entidades o las secretarías de salud, y señala que los recursos que se transfieran no estarán exentos de los descuentos por débito automático que haya autorizado los titulares beneficiarios en las diferentes entidades bancarias, de servicio o de comercio. Finalmente, el parágrafo 3 refiere que para efectos del reconocimiento del incentivo económico temporal al talento humano en salud fallecido, la ADRES verificará que el fallecimiento haya ocurrido durante la emergencia sanitaria y realizará el giro a los beneficiarios.

Estos contenidos, salvo algunas consideraciones adicionales que se debe hacer respecto del parágrafo 3 del artículo 5 (sic) de la Resolución No. 1774 de 2020, se encuentran en consonancia con el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 que le entrega a la ADRES la definición del mecanismo de giro del beneficio económico temporal para el talento humano en salud, ya sea de manera directa a los beneficiarios, o de manera coordinada y de conformidad con las condiciones que la entidad precise, a través del Instituto Nacional de Salud, las IPS y las entidades territoriales para que de manera desconcentrada se optimice la entrega de ese reconocimiento a los beneficiarios. Tampoco se advierte reparo alguno de



legalidad en lo que hace relación con la no exención de los descuentos por débito automático que hayan autorizado los titulares, por tratarse de asuntos propios de la autonomía de la voluntad que no merece, en abstracto, reparo alguno de ilegalidad.

Finalmente, la mención especial del reconocimiento económico temporal al talento humano en salud que haya fallecido prestando sus servicios profesionales durante la emergencia sanitaria, puede generar una restricción para el acceso al derecho reconocido en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, al personal médico que, atendiendo el llamado forzoso para la prestación de sus servicios profesionales fallezca con posterioridad a la superación de la emergencia sanitaria⁵⁶, aun cuando haya adquirido el COVID-19 con ocasión de la pandemia y en el marco del llamamiento efectuado por la legislación de excepción.

En tal virtud, la Sala condicionará el parágrafo 3 del artículo 5 (sic) de la Resolución No. 1774 de 2020, por razones de solidaridad social y de equidad, en el entendido que es procedente el beneficio económico temporal siempre y cuando se demuestre que el personal de la salud fallecido adquirió el COVID-19 como consecuencia de la prestación de sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, aun cuando el deceso haya ocurrido con posterioridad a la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En ese orden de ideas, se declarará la constitucionalidad y la legalidad de los artículos 5 y 5 (sic) de la Resolución No. 1774 de 2020, y condicionará el parágrafo 3 del artículo 5 (sic) del acto administrativo en los términos anunciados.

3.2.3.4.4. El artículo 6 de la Resolución No. 1774 de 2020 establece que los regímenes especial y de excepción, y el Fondo Nacional de Salud para la población privada de la libertad, podrán tener en cuenta las disposiciones contenidas en el acto administrativo y realizar las gestiones correspondientes, así como la apropiación de los recursos dispuestos para tal fin.

Al respecto, valga indicar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁵⁷, al referirse a las excepciones del Sistema Integral de Seguridad Social, señala que no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990. Igualmente, se exceptúan los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, así como sus pensionados y los trabajadores de las empresas que al empezar la vigencia de esa ley estén en concordato preventivo y obligatorio.

Asimismo, el artículo 57 de la Ley 30 de 1992⁵⁸, modificado por la Ley 647 de 2001⁵⁹, consagra el sistema propio de seguridad social en salud para las universidades estatales u oficiales a quienes de conformidad con el artículo 69 de la Constitución Política se les confiere personería jurídica, autonomía académica y financiera y patrimonio independiente. Cada Universidad lo organizará como una dependencia especializada de la misma, con la estructura de dirección y funcionamiento que se establezca para el efecto, bajo su propia administración, y se financiará con las cotizaciones que se establezcan en los términos y dentro de

⁵⁶ De conformidad con la información reportada por el Instituto Nacional de Salud, el personal de salud fallecido durante la pandemia es de 227. En: <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/coronavirus-personal-salud.aspx>. Última visita: marzo 9 de 2021.

⁵⁷ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

⁵⁸ Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior.

⁵⁹ Por la cual se modifica el inciso 3º del artículo 57 de la Ley 30 de 1992.



los límites máximos previstos en el inciso 1 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993⁶⁰.

Finalmente, el párrafo 1 del artículo 105 de la Ley 1709 de 2014⁶¹ dispuso la creación del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, el cual estará constituido por recursos del Presupuesto General de la Nación. Los recursos del Fondo serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil que contendrá las estipulaciones necesarias y fijará la comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen.

Para la Sala, el artículo 6 de la Resolución No. 1774 de 2020 no desconoce el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020, por el contrario ratifica el derecho al incentivo económico temporal que le asiste al talento humano en salud que haya sido objeto de llamamiento forzoso para prestar sus servicios a los pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, incluidos los de los regímenes especial y de excepción, solo que atendiendo la autonomía administrativa y financiera de la que gozan indicó que las disposiciones contenidas en el acto administrativo podrán ser tenidas en cuenta y realizar las gestiones para su materialización, así como la apropiación de los recursos, sin que en ningún caso sean admisibles barreras presupuestales para garantizar su reconocimiento en tanto no fue una limitante prevista en la legislación de excepción.

En los anteriores términos, la Sala declarará la constitucionalidad y la legalidad del artículo 6 de la Resolución No. 1774 de 2020.

3.2.3.4.5. Finalmente, el artículo 7 del acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad relativo a la vigencia de la Resolución No. 1774 de 2020, señala que rige a partir de su publicación, lo que se encuentra en consonancia con el artículo 65 del CPACA en el que se establece que «*los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial*»⁶², cuya firmeza se alcanza de conformidad con el numeral 2 del artículo 87 del CPACA «*desde el día siguiente a la publicación*».

Ahora bien, como quiera que el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020 determinó que el talento humano en salud que preste sus servicios con ocasión de la pandemia por el COVID-19, tiene derecho, por una única vez, a un reconocimiento económico temporal durante la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, en esos términos se condicionará el artículo 7 del acto administrativo objeto de control inmediato de legalidad.

⁶⁰ La disposición en cita señala: «*La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)*».

⁶¹ Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

⁶² La Resolución No. 1774 de 6 de octubre de 2020, se publicó en el Diario Oficial No. 51.460 de 7 de octubre de 2020.



3.2.3.4.6. En suma, la definición de los perfiles ocupacionales que serán beneficiarios del reconocimiento económico para el talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, el monto que por una única vez recibirán y el mecanismo de giro, persigue como *fin constitucionalmente legítimo* materializar el principio de solidaridad social al personal de la salud que, en el contexto de la pandemia actual, ha puesto a disposición su capacidad humana y profesional para garantizar una eficiente prestación del servicio público de salud con el fin de contener y mitigar el contagio de la enfermedad.

De igual manera, cumple con el requisito de *necesidad fáctica y jurídica*. El primero, porque la situación de salud pública provocada por el COVID-19, hizo necesario el llamado forzoso del talento humano en salud en ejercicio o formación, con el fin de reforzar y apoyar a los prestadores de servicios de salud del país, con algunas excepciones, para lo cual debe recibir el adecuado entrenamiento en las actividades que vayan a desempeñar. El segundo, en tanto la creación del beneficio económico temporal y la definición de los perfiles ocupacionales de quienes serán beneficiarios, el monto y el mecanismo de giro a cargo de la ADRES no hubiera sido posible con el marco normativo ordinario existente, conforme lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2020, en la que realizó el estudio del Decreto Legislativo 538 de 2020.

Por último, la Sala observa que los contenidos de la Resolución No. 1774 de 2020 no están revestidos de arbitrariedad, por cuanto no desconocen el núcleo esencial o duro de los derechos y libertades fundamentales, ni las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano a través de instrumentos que hacen parte de la legislación interna, por lo que se atiene a los contenidos convencionales, no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado, ni comprometen derechos intangibles como la vida y a la integridad personal, a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, al reconocimiento de la personalidad jurídica, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos, la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la libertad de conciencia, la libertad de religión, el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal, a elegir y ser elegido, a contraer matrimonio y a la protección de la familia, los derechos del niño y a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, no ser condenado a prisión por deudas y al habeas corpus, así como los mecanismos judiciales indispensables para su protección.

Además, esas medidas no están fundadas en razones de discriminación por sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas, ni tampoco impone tratos diferenciados que sean injustificados.

Lo anteriormente expuesto, es suficiente para que la Corporación declare en términos generales la constitucionalidad y la legalidad de la Resolución No. 1774 de 2020, con los condicionamientos anunciados del artículo 2, el parágrafo 3 del artículo 5 (sic) y el artículo 7.

3.2.3.4.7. Por último, valga indicar que el presente estudio de constitucionalidad y de legalidad, no enerva la posibilidad de que el acto sobre el que recayó el control inmediato de legalidad sea demandado en ejercicio del respectivo medio de control, por razones distintas de las que quedaron consignadas en esta providencia.



III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Once Especial de Decisión del Consejo de Estado, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLÁRASE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD de los artículos 1, 3, 4, 5, 5 (sic) -parágrafos 1 y 2-, y 6 de la Resolución No. 1774 de 6 de octubre de 2020, *«Por la cual se definen los perfiles ocupacionales para el reconocimiento económico por una única vez en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de Coronavirus COVID-19, la metodología para el cálculo del monto, y el mecanismo de giro por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES»*, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- DECLÁRASE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD del artículo 2 de la Resolución No. 1774 de 6 de octubre de 2020, *«Por la cual se definen los perfiles ocupacionales para el reconocimiento económico por una única vez en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de Coronavirus COVID-19, la metodología para el cálculo del monto, y el mecanismo de giro por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES»*, dictada por el Ministro de Salud y Protección Social, en el entendido de que el Ministerio de Salud y Protección Social, en coordinación con el Instituto Nacional de Salud, las IPS, las entidades territoriales y la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ADRES, en virtud del principio de coordinación administrativa, deberán velar porque a la totalidad del personal de la salud que ha prestado sus servicios profesionales y humanos a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, se les garantice el reconocimiento económico, creado como derecho, en el artículo 11 del Decreto Legislativo 538 de 2020.

TERCERO.- DECLÁRASE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD del párrafo 3 del artículo 5 (sic) de la Resolución No. 1774 de 6 de octubre de 2020, *«Por la cual se definen los perfiles ocupacionales para el reconocimiento económico por una única vez en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de Coronavirus COVID-19, la metodología para el cálculo del monto, y el mecanismo de giro por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES»*, proferida por el Ministro de Salud y Protección Social, en el entendido que es procedente el beneficio económico temporal siempre y cuando se demuestre que el personal de la salud fallecido adquirió el COVID-19 como consecuencia de la prestación de sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, aun cuando el deceso haya ocurrido con posterioridad a la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

CUARTO.- DECLÁRASE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEGALIDAD del artículo 7 de la Resolución No. 1774 de 6 de octubre de 2020, *«Por la cual se definen los perfiles ocupacionales para el reconocimiento económico por una única vez en favor del talento humano en salud que preste sus servicios a pacientes con sospecha o diagnóstico de Coronavirus COVID-19, la metodología para el cálculo del monto, y el mecanismo de giro por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES»*, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, en el entendido que el talento humano en salud que preste sus servicios con ocasión de la pandemia por



el COVID-19, tiene derecho, por una única vez, a un reconocimiento económico temporal durante el término de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

QUINTO.- ADVIÉRTASE que la presente decisión no enerva la posibilidad de que la Resolución No. 1774 de 6 de octubre de 2020, proferida por el Ministro de Salud y Protección Social, sea demandada en ejercicio del respectivo medio de control, por razones distintas de las que quedaron consignadas en esta providencia.

SEXTO.- NOTIFÍQUESE esta providencia a la Presidencia de la República, al Ministro de Salud y Protección Social y a la Procuraduría General de la Nación, en los términos del artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO.- PUBLÍQUESE esta providencia en la página web del Consejo de Estado.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

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

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidenta

(Firmado electrónicamente)
ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

(Firmado electrónicamente)
MARÍA ADRIANA MARÍN
Consejera

(Firmado electrónicamente)
HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero
ACLARA EL VOTO

(Firmado electrónicamente)
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero