

1209

322



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Magistrado Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010)

Número de Referencia: 110010325000200500125 00

Número Interno: 5242-2005

**Actor: ASOCIACIÓN ANTIOQUEÑA DE EMPRESAS
SOCIALES DEL ESTADO.**

Autoridades Nacionales

La Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Consejo de Estado la nulidad parcial de la expresión “ y las instituciones hospitalarias concurrentes” del literal d) artículo 3º, de los incisos 3º y 4º del numeral 1 del artículo 7º, artículo 10º y artículo 11º del Decreto 306 de 2.004, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamentaron los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2.001.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 189 numeral 11.
- Ley 60 de 1.993: artículo 33.
- Ley 100 de 1.993: artículo 142.



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

- Ley 715 de 2.001: artículo 61.

Luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial, en sentir de la parte actora, el Gobierno Nacional al incluir en el Decreto demandado a las instituciones hospitalarias en forma concurrente, excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria al pretender reglamentar el procedimiento general de reconocimiento y pago del pasivo prestacional del sector salud causado a diciembre 31 de 1993, por concepto de cesantías netas y reservadas, requeridas para el pago de pensiones legalmente reconocidas de las instituciones de salud pública y privada, en cuya financiación deben contribuir, en virtud de la Ley 715 de 2.001 la Nación y los entes territoriales.

Señaló que la Ley 60 de 1993, creó el pasivo prestacional en salud, como una cuenta especial de la Nación para garantizar el pago del pasivo prestacional de los servidores pertenecientes a:

- 1.- Entidades de salud del sector oficial.
- 2.- Entidades del subsector privado sostenido y administrado por el Estado.
- 3.- Entidades de naturaleza jurídica indefinida pero igualmente sostenidas por el Estado.

Las prestaciones a garantizar eran las de cesantías y reservas para pensiones y pensiones de jubilación, causadas hasta la vigencia presupuestal de 1.993.



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

El artículo 33 de la Ley 60 de 1.993 radicó la carga del pasivo prestacional de los servidores del sector salud en cabeza directamente de la Nación y los entes territoriales, y no en las instituciones hospitalarias en forma concurrente, como lo modificó el Decreto demandado.

Así mismo estableció la metodología para calcular el valor de dichos pasivos, autorizando a los gobiernos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal para emitir bonos de reconocimientos u otros títulos de deuda pública destinados a cubrir el pasivo prestacional, advirtiendo que en todos los casos se entenderá que en la fecha del pago del pasivo causado, se interrumpe cualquier retroactividad con cargo a la Nación, a las entidades territoriales o a la entidad de prestación de servicios de salud que corresponda.

Adujo que este Fondo fue suprimido a través de los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2.001, con el objetivo de atender la responsabilidad financiera a cargo de la Nación para el pago de las cesantías y pensiones de las personas beneficiarias del mismo y de acuerdo con los convenios de concurrencia correspondientes, la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se encargaría del giro de los recursos, estableciendo con el ente territorial las condiciones para celebrar tales acuerdos y el desarrollo de los mismos y de los que se encuentren en ejecución, para lo cual podría revisar y verificar su contenido y ordenar su ajuste a las normas sobre el particular, excluyendo de toda responsabilidad al sector salud.



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

Finalmente indicó que con la expedición del acto demandado se abandonó la línea que por más de una década marcó la legislación y en armonía con ella, la reglamentación para introducir una variante fundamental que desvirtúa la voluntad del legislador.

CONTESTACION DE LA DEMANDA.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no contestó la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó acceder a las súplicas de la demanda. Luego de realizar un recuento normativo de las Leyes 60, 100 de 1.993 y la Ley 715 de 2.001, advierte que la carga prestacional del sector salud le corresponde a la Nación y sus entes territoriales, sin que se advierta en ninguna de sus disposiciones la intención de incluir como responsables de las obligaciones que se generan, a los entes pertenecientes al sector salud.

La intención del legislador fue radicar en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el manejo y traslados de los recursos, teniendo en cuenta que la Ley 715 de 2.001 eliminó el Fondo del pasivo prestacional, disponiendo continuar con la aplicación de los procedimientos del Fondo establecido en la Ley 60 de 1.993, la fórmula de cálculo del mismo, su actualización financiera y actuarial, las obligaciones de los convenios de concurrencia y los requisitos que



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

deben acreditarse, tal y como se concluye de los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2.001, en concordancia con lo establecido en el artículo 242 de la Ley 100 de 1.993.

Para resolver, se

CONSIDERA

Las normas objeto de impugnación, son las siguientes, en los apartes que se resaltan:

**MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
DECRETO NÚMERO 306 DE 2004
02 DE FEBRERO DE 2004**

Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA:

Artículo 3°. Reconocimiento del pasivo prestacional. *El pasivo prestacional que a la entrada en vigencia del presente decreto aún no hubiere sido reconocido por el entonces Ministerio de Salud en calidad de administrador del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, será reconocido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante acto administrativo.*

Para continuar con la ejecución de los contratos de concurrencia que fueron suscritos por el Ministerio de Salud antes de entrar en vigencia la Ley 715 de 2001 y para la suscripción de los nuevos contratos, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá:



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

d) *Establecer o modificar en concertación con los entes territoriales y las instituciones hospitalarias concurrentes, los plazos y los mecanismos para el pago de las obligaciones;*

...

Artículo 7°. Régimen de concurrencia. *Para determinar la responsabilidad que asumirán la Nación, las entidades territoriales y las instituciones hospitalarias para el pago de la concurrencia frente al pasivo prestacional de las instituciones beneficiarias públicas y/o privadas, de acuerdo con la naturaleza jurídica que tenían a 31 de diciembre de 1993, se seguirán los siguientes parámetros:*

1. Instituciones Públicas

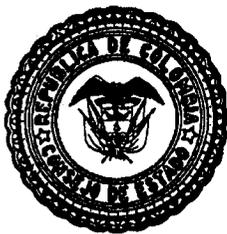
...

En consecuencia, las instituciones públicas de salud beneficiarias deberán concurrir en el monto total del pasivo en un porcentaje equivalente a la proporción en que, con recursos propios, participaron en su propia financiación. En todo caso el porcentaje que queda a cargo de la Institución también deberá quedar especificado en el convenio de tal manera que se garantice la totalidad de la financiación del pasivo prestacional.

Para la determinación de la concurrencia el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá tener en cuenta el total del financiamiento de la institución de salud beneficiaria entendido este como el conjunto de recursos conformado por el situado fiscal, las rentas de los entes territoriales de destinación especial para salud incluyendo las cedidas, y los recursos propios de la institución beneficiaria durante los 5 últimos años anteriores al 1° de enero de 1994.

Artículo 10. Obligaciones de las instituciones de salud. *Las instituciones de salud continuarán con la responsabilidad de presupuestar y pagar directamente las cesantías y pensiones de sus trabajadores, en los términos del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, hasta cuando se suscriba el convenio de concurrencia que establecerá el mecanismo para la financiación del pasivo prestacional causado hasta el 31 de diciembre de 1993, sin perjuicio de que se deba continuar presupuestando y pagando lo causado a partir de dicha fecha con cargo en su integridad a la entidad empleadora.*

Artículo 11. Contratos de concurrencia. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público al revisar los contratos de concurrencia en ejecución y suscribir los nuevos contratos según lo establecido en la ley, determinará la concurrencia para la colaboración a las instituciones públicas de salud a cuyo cargo*



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

esté el pasivo prestacional causado a 31 de diciembre de 1993, que fueron reconocidas como beneficiarias del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, de conformidad con las ejecuciones presupuestales de cada institución de los últimos cinco (5) años anteriores al 1° de enero de 1994, tal como lo señala el presente decreto.

El Decreto anterior se fundamentó para su expedición en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y en los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2.001.

El problema jurídico gira entorno a determinar la extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional con la expedición del Decreto demandado, al modificar la Ley 715 de 2.001 radicando la carga del pasivo prestacional de los servidores del sector salud no solo en la Nación y los entes territoriales, sino en las instituciones hospitalarias, en forma concurrente.

La potestad reglamentaria como lo ha sostenido esta Corporación¹ no puede emplearse para reglamentar asuntos que discrepen sustancialmente de la norma identificada como objeto de esa potestad; cuando así se procede, es claro que se configura una violación al ordenamiento constitucional, precisamente en la norma que reconoce la competencia (artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política), además de la Ley que es objeto de regulación, ya que no le es posible al Gobierno Nacional, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella alteraciones que desvirtúan la voluntad del legislador pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente Martha Sofía Sanz Tobón, Sentencia de 25 de octubre de 2.007, Número Interno 11001-03-24-000-2004-00109-01, Actor: Gustavo Gallón Giraldo.



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

adecuadamente la norma que desarrolla; tiene sí la responsabilidad de hacer cumplir la ley y de crear los mecanismos necesarios para hacerla efectiva pues de lo contrario ésta quedaría escrita pero no tendría efectividad.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia² la función que cumple el gobierno con el poder reglamentario, es la complementación de la ley, en la medida en que se trata de una actualización y enfoque a las necesidades propias para su eficaz ejecución y no un ejercicio de interpretación de los contenidos legislativos, ni de su modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene.

Reglamentar una ley implica dictar las normas generales necesarias que conduzcan a su cumplida aplicación, tal como precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en la ley, alcanzando el grado de generalidad o especificidad que determine el Presidente, según el contenido de la ley reglamentada, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le reconoce.

En el caso puesto a consideración de la Sala, es claro que la Ley 60 de 1.993³ determinó la responsabilidad financiera para el pago del pasivo prestacional en cabeza de la Nación y de las entidades territoriales.

² Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 1992, Referencia , RE 007, 15 de octubre de 1992

³ Numeral 3º del artículo 33



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

A su vez, el artículo 61 de la Ley 715 de 2.001, suprimió el Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud creado por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, indicando que con el fin de atender la responsabilidad financiera a cargo de la Nación para el pago de las cesantías y pensiones de las personas beneficiarias de dicho Fondo y de acuerdo con los convenios de concurrencia correspondientes, la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se haría cargo del giro de los recursos, aplicándose el procedimiento del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, la forma en que concurren las diferentes entidades para cubrir el pasivo prestacional, la forma de cálculo del mismo, su actualización financiera y actuarial, las obligaciones de los convenios de concurrencia y los requisitos que deben acreditarse, es decir el procedimiento establecido en la Ley 60 de 1.993 (Artículo 62 ibídem).

Analizado el contexto que rodea la expresión demandada, se llega a la conclusión de que en este caso se introducen modificaciones sustanciales a la estructura de la Ley reglamentada, pues el Decreto demandado modifica los principios y la finalidad que la orienta, al regular el procedimiento general para el reconocimiento y pago del pasivo prestacional del sector salud causado hasta 31 de diciembre de 1993.

La expresión demandada es más que la precisión de una facultad de ejecución de las normas legales sobre la carga del pasivo prestacional, pues modifica la voluntad del Legislador al incluir a las instituciones hospitalarias como sujeto obligado al pago del pasivo prestacional en forma concurrente.



Número Interno: 5242-2005
 Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
 Autoridades Nacionales

Como se indicó con anterioridad, la Ley 715 de 2.001, dispuso en su artículo 62 aplicar el procedimiento establecido en la Ley 60 de 1.993. Es así, como radicó la carga de responsabilidad financiera del pago prestacional en cabeza de la Nación y las entidades territoriales, tal como lo dispuso el numeral 3º del artículo 33 de la Ley 60 de 1.993, disponiendo igualmente en el literal c) del numeral 1º ibídem lo siguiente:

“...1. El Fondo Prestacional garantizará el pago del pasivo prestacional por concepto de cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación, causadas hasta el fin de la vigencia presupuestal de 1993, de los servidores pertenecientes a las entidades o dependencias de que trata el numeral 2o. del presente artículo, que se encuentren en los siguientes casos:

...

c. Afiliados o pensionados de las entidades de previsión y seguridad social cuyas pensiones sean compartidas con las instituciones de salud, correspondiendo al Fondo el pago de la diferencia que se encuentre a cargo de la entidad de salud cuya reserva para cesantías o pensiones de jubilación no se haya constituido total o parcialmente, excepto cuando las reservas constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente ley se destinen a fin distinto al pago de cesantías y pensiones...”

Es decir, es clara la norma al señalar, que a pesar de que la seguridad social, comprendida en ellas las pensiones, sean compartidas con las instituciones de salud, ésta no radicó en ningún momento la carga prestacional en dichas entidades, pues la misma Ley determinó que correspondía al Fondo, el pago de la diferencia que se encuentre a cargo de las entidades de salud, teniendo éste la responsabilidad (Nación- Entidades Territoriales) y en ningún momento las instituciones de salud, pues la misma Ley las excluye de dicha responsabilidad.



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

Con el Decreto demandado se modificó esta responsabilidad financiera al establecer en su artículo 7º *“Para determinar la responsabilidad que asumirán la Nación, las entidades territoriales y las instituciones hospitalarias para el pago de la concurrencia frente al pasivo prestacional de las instituciones beneficiarias públicas y/o privadas, de acuerdo con la naturaleza jurídica que tenían a 31 de diciembre de 1993, se seguirán los siguientes parámetros...”*

Modificación que consiste en incluir a estas instituciones hospitalarias, obligándolas a concurrir en el monto total del pasivo en un porcentaje equivalente a la proporción en que con recursos propios, participaron en su propia financiación, sin tener en cuenta la exclusión de responsabilidad financiera realizada por la Leyes 60 de 1993 y 715 de 2.001.

Una segunda modificación se evidencia en los artículos 10 y 11 del Decreto demandado pues a pesar de que el artículo 242 de la Ley 100 de 1.993 en su parágrafo 5 determina: *“... Las entidades del sector salud deberán seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a que estén obligadas hasta tanto no se realice el corte de cuentas con el fondo prestacional y se establezcan para cada caso la concurrencia a que están obligadas las entidades territoriales en los términos previstos en la Ley 60 de 1.993...”*, estos artículos determinan la continuación de dicha obligación con posterioridad al cruce de cuentas señalado en la Ley 100 de 1.993.

Concluye la Sala que la norma demandada difiere sustancialmente de la Ley reglamentada, pues el Gobierno Nacional realiza un ejercicio de



Número Interno: 5242-2005
 Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
 Autoridades Nacionales

interpretación de los contenidos legislativos, encuadrando las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que ésta contiene, ampliando y modificando la responsabilidad financiera consagrados en la Ley, que únicamente radicó en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el manejo y traslado de los recursos del Fondo, mas no la imposición de responsabilidades financieras a cargo de las instituciones de salud.

Finalmente, encuentra la Sala que el Gobierno Nacional al desbordar la potestad reglamentaria, actuó sin competencia, pues se hace necesario señalar que la potestad reglamentaria encuentra un límite en aquellos aspectos que la Constitución señala que deben ser desarrollados por la ley, en virtud de funciones propias del legislador ordinario o extraordinario, tal como lo ha manifestado esta Corporación⁴ al señalar:

"...La reserva legal opera con efectos erga omnes, es decir, frente a todas aquellas autoridades distintas del Congreso de la República, incluso, si el Presidente de la República, actuando como máxima autoridad administrativa del Estado, decide ejercer la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, sólo puede hacerlo en aquellos campos que no tengan reserva legal, pues si advierte que la materia hace parte de ese espectro temático reservado al legislador lo propio es abstenerse de reglamentarlo, pues al hacerlo estaría produciendo una norma jurídica vulneratoria del ordenamiento superior..."

En el caso puesto a consideración de la Sala, cabe señalar que la modificación realizada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto demandado, desborda su ámbito de competencia, pues es claro que la

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente doctora María Noemí Hernández, 14 de septiembre de 2.007, expediente 11001-03-28-000-2007-00018-00(00018)



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

Ley 715 de 2.001 es una ley orgánica, lo que significa que es únicamente al legislador ordinario al que le corresponde por otra ley de igual categoría realizar dicha modificación, pues en virtud del numeral 10° del artículo 150 de la Carta Política, si no es posible conceder facultades al legislador extraordinario para la expedición de leyes orgánicas como la presente, tampoco para modificarlos por medio de decretos reglamentarios a las leyes orgánicas expedidas por el legislador ordinario.

En ese sentido, al haber incluido el Gobierno Nacional - precedido de una facultad constitucional (art. 189- 11) - a las instituciones hospitalarias, como responsables financieras del pasivo prestacional del sector salud en forma concurrente, introdujo modificaciones sustanciales a la estructura de la Ley reglamentada y excedió su potestad al actuar sin competencia, ya que esta materia, por virtud de la Carta Política, es de competencia exclusiva del legislador ordinario.

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

FALLA:

1º. DECRÉTASE la nulidad parcial de la expresión " y las instituciones hospitalarias concurrentes" contenida en el literal d) artículo 3º, en los incisos 3º y 4º del numeral 1 del artículo 7º y en los artículos 10º y 11º del Decreto 306 de 2.004, expedido por el Gobierno Nacional por las razones expuestas en la parte resolutive de esta providencia.



Número Interno: 5242-2005
Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado
Autoridades Nacionales

Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.



VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA



GERARDO ARENAS MONSALVE



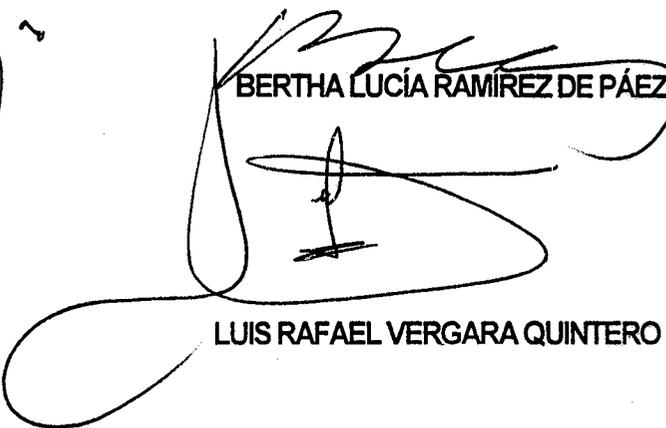
GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN



BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ



ALFONSO VARGAS RINCÓN



LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO