

PROCEDENCIA DE LA SUSPENSION PROVISIONAL LEY 1437

La segunda censura que esboza el demandante se refiere al tema de la administración de ese cuarto porcentual de los recursos de la contribución parafiscal que se destina a favor de las Cajas de Compensación Familiar. Al respecto el Despacho llega a la conclusión de que la violación que aduce el actor es evidente pues el párrafo segundo del artículo 46 de la Ley 1438 de 2011 determina expresamente que “los recursos del cuarto punto porcentual (1/4) de la contribución parafiscal que trata el presente artículo serán administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar”, en tanto que la norma que se censura al reglamentar la anterior disposición establece que cuando la Cajas de compensación Familiar no operen en el régimen subsidiado de salud deberán girar dentro de los diez días de febrero de 2013 los recursos ya enunciados a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, es decir, ya no serán administrados directamente por las citadas Cajas sino por el FOSYGA, lo cual contraría de manera clara la disposición objeto de reglamentación.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 229 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 231 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 233 / LEY 1438 DE 2011

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2687 DE 2012 (21 de diciembre) - MINISTERIO DE SALUD

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00055-00

Actor: FEDERACION NACIONAL DE CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR - FEDECAJAS

Demandado: MINISTERIO DE SALUD

Referencia: MEDIO DE CONTROL NULIDAD

Se decide sobre la solicitud de suspensión provisional presentada por la **Federación Nacional de Cajas de Compensación Familia - FEDECAJAS**

respecto del Decreto 2687 del 21 de diciembre de 2012 proferido por el Ministerio de Salud, "Por el cual se reglamenta el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011".

I. La solicitud de suspensión provisional

En cuaderno separado de la demanda el actor solicita la suspensión provisional del citado acto administrativo, cuyo texto es el siguiente:

**“DECRETO 2687 DE 2012
21 DE DICIEMBRE DE 2012**

Por el cual se reglamenta el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011

(...)

Artículo 1º. *Los recursos de que trata el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011, correspondientes a la vigencia fiscal 2012, se destinarán a la unificación de los planes de beneficios en el marco de la confinanciación del Régimen Subsidiado en Salud.*

Los recursos de que dispongan las Cajas de Compensación Familiar según lo dispuesto en el presente artículo, cuando éstas no opere en el régimen subsidiado de salud, se girarán a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, a más tardar el décimo día hábil del mes de febrero de 2013.

Los recursos de que dispongan las Cajas de Compensación Familiar según lo dispuesto en el presente artículo, cuando éstas operen en el régimen subsidiado de salud, se ejecutarán bajo las reglas definidas para los recursos a que hace referencia el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

Artículo 2º. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.*

1.1.- A juicio de la parte actora, con la expedición de las disposiciones acusadas se viola el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011, el cual dice textualmente:

“ARTÍCULO 46. RECURSOS DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR. *Sin perjuicio de los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, se destinará un cuarto (1/4) de punto porcentual de la contribución parafiscal, establecida en la Ley 21 de 1982 en los artículos 11, numeral 1, y 12, numeral 1, a favor de las Cajas de Compensación Familiar, a atender acciones de promoción y prevención dentro del marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud y/o en la unificación de los Planes de Beneficios, de forma concertada entre el Gobierno Nacional y las Cajas de Compensación Familiar, conforme al reglamento.*

PARÁGRAFO 1o. *La asignación prevista en el presente artículo, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, no podrá afectar el cálculo de los recursos que las Cajas de Compensación Familiar deben apropiar para los Fondos para el Subsidio Familiar de Vivienda –FOVIS– y para los programas de infancia y adolescencia.*

PARÁGRAFO 2o. *Los recursos del cuarto de punto porcentual (1/4) de la contribución parafiscal que trata el presente artículo serán administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar y harán parte de las deducciones previstas en el parágrafo del artículo 217 de la Ley 100 de 1993."*

1.2.- Señala que el acto acusado no fue producto de la concertación entre el Gobierno y las Cajas de Compensación Familiar sobre la destinación que sobre un cuarto (1/4) de punto porcentual de la contribución parafiscal debe efectuarse para acciones de promoción y prevención de atención primaria en salud, desconociendo así el mandato legal visto en la norma transcrita.

Adicionalmente manifiesta que el Ejecutivo excedió el marco de la ley pues ésta ordena que la administración de los recursos del cuarto (1/4) punto porcentual le corresponde a las Cajas de Compensación Familiar, en tanto que el Decreto acusado obliga a realizar un giro de recursos al FOSYGA y además fija un límite de tiempo para tal acción.

II.- Traslado de la solicitud al demandado

Mediante auto del 21 de marzo de 2013 se corrió traslado al Ministerio de Salud de la solicitud de suspensión provisional¹, no obstante no se pronunció sobre el particular.

III. Para resolver, se considera:

3.1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Los artículos 229², 231³ y 233⁴ del C.P.A.C.A. indican que la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo puede ser

¹ Folio 9 de este Cuaderno.

solicitada en la demanda o en cualquier estado del proceso; por escrito o en audiencia; y que procederá “*por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

² **Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares.** En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

³ **Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

⁴ **Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares.** La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

3.2. El acto administrativo cuya suspensión se solicita es el Decreto 2687 del 21 de diciembre de 2012 proferido por el Ministerio de Salud, “*Por el cual se reglamenta el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011*”.

3.3. Por su parte, la norma legal que se considera infringida es la contenida en el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011.

3.4.- Ahora bien, visto el contenido de la solicitud de suspensión provisional formulada y una vez confrontadas las disposiciones demandadas con las normas que se invocan como fundamento de dicha petición, el Despacho advierte que son dos las censuras del actor respecto del Decreto 2687 de 2012: la primera tiene que ver con la falta de concertación entre el Gobierno y las Cajas de Compensación Familiar para la utilización del cuarto (1/4) punto porcentual de la contribución parafiscal de la que habla el artículo 217 de la Ley 100 de 1993⁵ en la atención primaria en salud o en la unificación de planes de beneficios.

Pues bien, examinada la parte considerativa del Decreto 2687 de 2012 no se observa que tal decisión haya sido producto del proceso de concertación que ordena la Ley 1438 de 2011, sino que por el contrario el Gobierno Nacional decidió destinar los citados recursos a la unificación de los planes de beneficios como consecuencia de la expedición de los Acuerdos 29 de 2011 y 32 de 2012 de la Comisión de Regulación en Salud – CRES que consolidaron los planes obligatorios de salud en los regímenes contributivo y subsidiado.

En tal orden, resulta forzoso decretar la suspensión del primer párrafo del artículo primero del decreto impugnado.

⁵ “**ARTÍCULO 217. DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR.** Las Cajas de Compensación Familiar destinarán el 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo aquellas Cajas que obtengan un cociente superior al 100% del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10%. La aplicación de este cociente, para todos sus efectos, se hará de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 49 de 1990, y a partir del 15 de febrero de cada año.

Las Cajas de Compensación Familiar podrán administrar directamente, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto, los recursos del régimen subsidiado de que trata el presente artículo. La Caja que administre directamente estos recursos constituirá una cuenta independiente del resto de sus rentas y bienes. Las Cajas de Compensación Familiar que no cumplan los requisitos definidos en la reglamentación, deberán girar los recursos del subsidio a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.

PARÁGRAFO. <Ver Notas del Editor> A partir de la vigencia de la presente Ley, el 55% que las Cajas de Compensación deben destinar al subsidio en dinero, se calculará sobre el saldo que queda después de deducir el 10% de gastos de administración, instalación y funcionamiento, la transferencia respectiva del fondo de subsidio familiar de vivienda, la reserva legal y el aporte a la Superintendencia del Subsidio Familiar y la contribución a que hace referencia el presente artículo.”

La segunda censura que esboza el demandante se refiere al tema de la administración de ese cuarto porcentual de los recursos de la contribución parafiscal que se destina a favor de las Cajas de Compensación Familiar⁶. Al respecto el Despacho llega a la conclusión de que la violación que aduce el actor es evidente pues el párrafo segundo del artículo 46 de la Ley 1138 de 2011 determina expresamente que “*los recursos del cuarto punto porcentual (1/4) de la contribución parafiscal que trata el presente artículo serán administrados **directamente por las Cajas de Compensación Familiar***”, en tanto que la norma que se censura al reglamentar la anterior disposición establece que cuando la Cajas de compensación Familiar no operen en el régimen subsidiado de salud deberán girar dentro de los diez días de febrero de 2013 los recursos ya enunciados a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, es decir, ya no serán administrados directamente por las citadas Cajas sino por el FOSYGA, lo cual contraría de manera clara la disposición objeto de reglamentación.

En tal orden, resulta también imperioso decretar la suspensión provisional del segundo y tercer párrafo del artículo primero del Decreto 2687 de 2012.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE

DECRETAR la suspensión provisional del Decreto 2687 del 21 de diciembre de 2012 proferido por la Nación – Presidencia de la República – Ministerio de Salud.

Notifíquese y cúmplase,

GUILLERMO VARGAS AYALA
Consejero de Estado

⁶ Esta contribución se encuentra autorizada en el numeral 1º del artículo 11 y numeral 1º del artículo 12 de la Ley 21 de 1982.