



Referencia: Control inmediato de legalidad
Radicación: 11001-03-15-000-2023-04875-00
Resolución 1374 de 2023 – Ministerio de Salud y Protección Social

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA VEINTIDÓS ESPECIAL DE DECISIÓN

Magistrado ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D. C., once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD
Radicación: 11001-03-15-000-2023-04875-00
Acto: Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social

FALLO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y los artículos 136 y 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, la Sala Veintidós Especial de Decisión procede a dictar sentencia en el marco del control inmediato de legalidad, respecto de la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, teniendo en cuenta los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. Acto objeto de control

En cumplimiento de lo previsto en el inciso segundo del artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, el Ministerio de Salud y Protección Social remitió al Consejo de Estado copia de la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023, «[p]or la cual se establece los territorios para la gestión en salud, la adaptación del aseguramiento, el procedimiento y pago de los equipos de salud territoriales, el procedimiento de giro directo en el departamento de La Guajira y se dictan otras disposiciones», para efectos de su correspondiente control inmediato de legalidad¹, cuyo contenido es del siguiente tenor:

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en los artículos 4, 5, 9, 11 y 12 del Decreto Ley 1270 de 2023, y

CONSIDERANDO

Que de conformidad con el artículo 20 Superior, son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

¹ Documento .pdf «ED_RESOLUCION1374 [...]» índice 2 de SAMAI.



Referencia: Control inmediato de legalidad

Radicación: 11001-03-15-000-2023-04875-00

Resolución 1374 de 2023 – Ministerio de Salud y Protección Social

Que mediante el Decreto 1085 del 2 de julio de 2023, el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la crisis humanitaria que se estructura, fundamentalmente, en la falta de acceso a servicios básicos vitales, materializada en causas múltiples, tales como: i) la escasez de agua potable para el consumo humano; ii) la crisis alimentaria por dificultades para el acceso físico y económico a los alimentos; Di) los efectos del cambio climático acentuado por los climas « cálido desértico y cálido árido que predominan en el territorio y que viene afectando profundamente las fuentes de agua; iv) la crisis energética y la falta de infraestructura eléctrica idónea y adecuada, en especial en las zonas rurales, a pesar de que La Guajira cuenta con el más alto potencial para la generación de energía eólica y solar del país; y) la baja cobertura para el acceso a los servicios de salud, en especial en zonas rurales; vi) la baja cobertura en el sector de educación, con altos índices de deserción escolar, infraestructura de baja calidad y malas condiciones laborales para los educadores; situaciones que son más notorias en la zona rural, en donde los pueblos indígenas, afrodescendientes y Rrom atienden clases en condiciones precarias, vii) así como otros problemas de orden social, económicos y políticos que inciden en la situación de emergencia humanitaria y que se describieron en el decreto referenciado.

Que el Decreto 1085 del 2 de julio de 2023 precisó que la grave crisis humanitaria de La Guajira se viene intensificando a partir de junio de 2023 por los eventos sobrevinientes e inesperados tales como, a) la llegada temprana de la temporada de ciclones tropicales, b) el fenómeno de El Niño, y su potencial de pasar de categoría moderado a fuerte y c), la temporada seca y el déficit de precipitaciones presentes en el primer semestre que de incrementarse agravarán las situaciones ya existentes en el departamento de La Guajira.

Que dentro de la parte considerativa del decreto legislativo referenciado se indicó:

“Que se requieren medidas legislativas para reorganizar la estructura y funcionamiento del sistema de salud en La Guajira, en lo relacionado con la gobernanza y rectoría, el financiamiento, la administración y el flujo de recursos, con un modelo de salud propio e intercultural construido en acuerdo con las Autoridades Tradicionales Indígenas del pueblo Wayúu y de los demás pueblos indígenas, que permita la alineación de todos los actores del sistema de salud, garantice la atención en salud con cobertura territorializada, universal, sistemática, permanente y resolutive, elimine barreras de acceso sociales, geográficas, económicas, culturales, asistenciales y administrativas en salud y garantice el goce del Derecho Fundamental a la Salud a la población del departamento.

Que se debe establecer un mecanismo administrativo y financiero en el que se dispongan los recursos excepcionales necesarios para atender, mitigar y superar las causas que dieron origen a la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica en el departamento de La Guajira y la intervención directa que garantice la adquisición y/o suministro de bienes, servicios e infraestructura en salud”.

Que a la luz de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 1270 del 31 de julio de 2023, en virtud del cual adoptó unas medidas, urgentes y extraordinarias, en materia de salud en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada en el departamento de La Guajira, para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos en tres aspectos estructurales del sector salud: la gobernanza y rectoría, la prestación de servicios de salud y el financiamiento; pretendiendo reorganizar la estructura y el funcionamiento del sistema de salud en el departamento de La Guajira propio e intercultural construido en acuerdo, con la participación de las Autoridades Tradicionales de los pueblos indígenas, afrodescendientes y Rrom, en donde a partir de la alineación de todos los actores se garantice la atención en salud con cobertura territorializada, universal, sistemática, permanente y resolutive, eliminando barreras de acceso sociales, geográficas, económicas, culturales, asistenciales y administrativas en salud.

Que en los términos del referido decreto existirá un comité coordinador del sector salud en La Guajira, con la participación del Ministerio de Salud y Protección Social, Secretaría de Salud Departamental, Secretarías de Salud Municipales y autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, para adelantar las acciones tendientes a: a) construir el modelo de salud, b) adaptar la operación del aseguramiento, c) crear la Red Integral e Integrada Territorial en Salud y d) orientar la disponibilidad y distribución del talento humano en el departamento, para tal fin se expedirán los actos administrativos correspondientes.

Que asimismo y con el fin de contar con un espacio de coordinación, articulación y toma de decisiones sectorial, intersectorial y comunitario, en desarrollo del artículo 14 del Decreto Legislativo 1270 de 2023, se estableció el Comité de Emergencia Nutricional y Materna para La Guajira; con el fin de garantizar la atención integral de niños y niñas menores de 5 años identificados con riesgo de desnutrición, desnutrición aguda y gestantes con morbilidad materna, y así incidir en la disminución de la mortalidad evitable.



Referencia: Control inmediato de legalidad
Radicación: 11001-03-15-000-2023-04875-00

Resolución 1374 de 2023 – Ministerio de Salud y Protección Social

Que, de acuerdo al artículo 6° del Decreto 1270 del 31 de julio de 2023, se preceptuó la creación, sobre la base de un enfoque diferencial y el derecho a la participación, de una red integral e integrada territorial e intercultural de salud para el departamento de La Guajira en coordinación con la Secretaría de Salud Departamental, las Autoridades Tradicionales de los pueblos indígenas, incluyendo al pueblo Wayuu; afrodescendientes y Rrom, con un componente primario de atención territorializado que garantice servicios de salud de calidad, resolutivos e interculturales, bajo las modalidades de prestación intramural, extramural, telemedicina y comunitaria a través de Centros de Atención Primaria en Salud-CAPS y equipos de salud territoriales, los cuales se constituyen en el primer contacto y puerta de entrada de la población al sistema de salud; así como un componente complementario con servicios de mediana y alta complejidad.

Que, así mismo dentro del proceso de organización territorial para la salud, se constituirá una instancia de planeación y seguimiento para cada territorio de la gestión en salud como una unidad funcional a cargo del departamento.

Que, para atender la emergencia en el departamento de La Guajira, el Ministerio de Salud y Protección Social adelantará diferentes líneas de trabajo, iniciando con acciones inmediatas, hasta tanto se logran las concertaciones resultantes de los diálogos genuinos realizados con las comunidades indígenas, que permitan proceder con la implementación del modelo de salud propio e intercultural y las acciones correspondientes, las cuales darán respuesta integral, resolutiva y de calidad a las necesidades de salud de la población, basados en la atención primaria en salud.

Que se plantean como acciones inmediatas, orientadas a la atención universal, territorializada y resolutiva a toda la población del departamento, incluido el pueblo Wayuu, las siguientes; a) Implementación de mecanismos de respuesta inmediata sectorial e intersectorial a niños, niñas y mujeres embarazadas en situaciones o condiciones de riesgo, b) Despliegue de equipos de salud territorial, c) Ampliación temporal de la capacidad instalada de las actuales Empresas Sociales del Estado, en zonas de difícil acceso, d) Mesas permanentes de análisis y priorización de necesidades de infraestructura y dotación, e) Definición de territorios para la gestión en salud, f) Adaptación de la operación del aseguramiento en cada territorio para la gestión en salud y, g) Giro directo a los prestadores de servicios de salud del departamento de La Guajira.

Que para tener una respuesta territorializada a las necesidades en salud de la población y facilitar el diseño y aplicación de políticas públicas adecuadas a la realidad territorial, la focalización y priorización efectiva de la inversión territorial y el cierre de brechas e inequidades en salud, se hace necesaria la definición de territorios para la gestión en salud.

Que, en atención a las disposiciones del mencionado Decreto 1085 de 2023 y lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1270 de 2023, se requiere adaptar el aseguramiento por territorios para la gestión en salud, con el propósito de optimizar la cantidad de Entidades Promotoras de Salud en operación, en aras de organizar y armonizar las acciones respecto de los equipos de salud territorial, la Atención Primaria en Salud, la definición de intervenciones y metas y la aplicación de las políticas públicas en salud en el departamento de La Guajira.

Que, en atención a las funciones dispuestas en el artículo 14 y 16 de la Ley 1122 de 2007 respecto a la organización del aseguramiento en salud, corresponde a las Entidades Promotoras de Salud garantizar los servicios de baja complejidad de manera permanente en el municipio de residencia de los afiliados, salvo cuando para el afiliado sea más favorable recibirlos en un municipio con mejor accesibilidad geográfica.

Que, para la garantía de la oferta de servicios y en desarrollo del artículo 11 del Decreto Legislativo 1270 de 2023, el Ministerio de Salud y Protección Social, en conjunto con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES, definirán el valor de financiamiento de los Servicios de la Atención Primaria en Salud que incluye la operación de los equipos de salud territorial.

Que en consideración a lo anterior y teniendo en cuenta que el despliegue de los equipos de salud territoriales es una acción inmediata enmarcada en la Atención Primaria en Salud, éstos serán pagados a través del mecanismo de giro directo a los prestadores de servicios de salud que operen estos equipos, como una primera fase.

Que, a efectos de generar un flujo oportuno y eficiente de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación — UPC correspondiente a la población asegurada del departamento de La Guajira, a través del artículo 12 del Decreto Legislativo 1270 de 2023, se adoptó el mecanismo de giro directo, mediante el cual, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES, en nombre de las Entidades Promotoras de Salud, girará, de manera directa a los prestadores y proveedores de servicios y tecnologías en salud, estos recursos, medida que resulta aplicable a todas las Entidades Promotoras de Salud que operan el aseguramiento en el departamento.



Que, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió las Resoluciones 654 de 2014 y 1587 de 2016, modificadas por las Resoluciones 4621 de 2016 y 3110 de 2018, mediante las cuales estableció el mecanismo, los plazos y las reglas a las que se sujeta el procedimiento de giro directo del régimen subsidiado y contributivo, el cual requiere ser implementado para dar cumplimiento a la medida dispuesta en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1270 de 2023, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada en el departamento de La Guajira, siendo necesario su ajuste para la adopción de un nuevo procedimiento y estructura para el reporte de información del giro directo de la Unidad de Pago por Capitación — UPC de ambos regímenes de la población asegurada en el departamento de La Guajira, así como definir el término para el inicio de este reporte para su ejecución.

Que, en virtud de lo anterior, mediante el presente acto administrativo se procede a establecer la regulación de las siguientes acciones inmediatas: a) Definición de territorios para la gestión en salud, b) Adaptación de la operación del aseguramiento en cada territorio para la gestión en salud y c) Giro directo a los prestadores de servicios de salud del departamento de la Guajira, con el fin de conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira, realizada a través del Decreto Legislativo 1085 de 2023 y en el marco de las acciones dispuestas en el Decreto Legislativo 1270 de 2023, para el sector salud.

Que, en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

Artículo 1. Objeto. La presente resolución tiene por objeto definir para el departamento de La Guajira los territorios para la gestión en salud, los criterios de la adaptación del aseguramiento, y los procedimientos de pago de los Equipos de Salud Territoriales y de giro directo, para conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica, contenida en el Decreto Legislativo 1085 del 2 de julio de 2023.

Artículo 2. Ámbito de aplicación. Las disposiciones contenidas en el presente acto administrativo están dirigidas a las siguientes entidades del departamento de La Guajira:

- 2.1 Empresas Sociales del Estado.
- 2.2 Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Indígenas.
- 2.3 Entidades Promotoras de Salud que operan en el departamento de La Guajira.
- 2.4 Entidades Promotoras de Salud Indígenas que operan en el departamento de La Guajira.
- 2.5 Secretarías de salud municipales y departamental.
- 2.6 Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.
- 2.7 Superintendencia Nacional de Salud.

Artículo 3. Territorios para la gestión en salud en el departamento de La Guajira. Para la gestión y operación del sistema de salud con perspectiva intercultural en el departamento de La Guajira, se definen tres territorios conformados de la siguiente manera:

- 3.1 Alta Guajira. Conformado por los municipios de Maicao, Manaure y Uribia.
- 3.2 Media Guajira. Conformado por los municipios de Albania, Dibulla, Hatonuevo y Riohacha.
- 3.3 Baja Guajira. Conformado por los municipios de Barrancas, Distracción, El Molino, Fonseca, Jagua del Pilar, San Juan del César, Urumita y Villanueva.

Artículo 4. Unidades Zonales de Planeación y Seguimiento en Salud del orden territorial. Para la planeación y gestión en salud, la secretaría departamental de salud constituirá en cada uno de los territorios conformados en el presente acto administrativo, la Unidad Zonal de Planeación y Seguimiento en Salud, como unidades funcionales o dependencias técnicas desconcentradas para garantizar el manejo técnico de los recursos y la asistencia técnica a los municipios. Las funciones de las Unidades Zonales de Planeación y Seguimiento son:

- 4.1 Analizar periódicamente las actividades y recursos ejecutados por cada municipio del territorio para la gestión de la salud en relación con el cumplimiento de las responsabilidades de Atención Primaria en Salud.



Referencia: Control inmediato de legalidad

Radicación: 11001-03-15-000-2023-04875-00

Resolución 1374 de 2023 – Ministerio de Salud y Protección Social

4.2 Analizar el cumplimiento de objetivos y metas alcanzados del sistema de salud en el territorio para la gestión de la salud.

4.3 Brindar asistencia técnica a las entidades del sistema de salud a nivel municipal para la implementación de mecanismos de planeación, así como de acciones de mejoramiento conforme orientaciones de la Coordinación Departamental de la Red.

4.4 Rendir informes trimestrales del análisis sobre el seguimiento a cada municipio, a las Secretarías de Salud Departamental, al Ministerio de Salud y Protección Social, a las organizaciones de la comunidad y a los organismos de control, en los términos en que lo establezca el reglamento.

Las Unidades Zonales de Planeación y Seguimiento para asesorar el diseño y formulación de los planes de salud municipales y los correspondientes presupuestos de los Fondos Municipales de Salud en su área de influencia, contarán con profesionales expertos en salud pública, administración de salud, saneamiento ambiental, información y sistemas, representantes de las comunidades indígenas que habitan en el territorio, quienes serán elegidos de acuerdo con la concertación y diálogo con las Autoridades Indígenas.

Artículo 5. Criterios para la adaptación de la operación del aseguramiento por territorios para la gestión en salud. El Ministerio de Salud y Protección Social, en coordinación con la Secretaría de Salud Departamental y las Autoridades Tradicionales Indígenas adaptará la operación del aseguramiento en cada territorio para la gestión en salud, con la garantía de la operación en condiciones de accesibilidad, eficiencia y calidad, teniendo en consideración los siguientes criterios: participación de las EPSI que actualmente operan y, para las demás EPS, se tendrá en cuenta la concentración actual de afiliados; la cual debe ser superior al cinco por ciento (5%) para la totalidad del departamento, porcentaje que también se aplica para cada uno de los municipios donde operen las EPS.

Las EPS que, de acuerdo con la adaptación de la operación del aseguramiento del presente acto administrativo, no sigan operando en algún territorio, serán responsables del aseguramiento y de las obligaciones derivadas de la prestación de servicios en salud, hasta el día anterior a la fecha en que se haga efectivo el proceso de asignación de afiliados. Las EPS y EPSI que continúen operando el aseguramiento, garantizarán el acceso a la prestación de servicios de salud de los afiliados, a partir del día en que se haga efectiva la asignación, acorde con los términos establecidos en el presente acto administrativo.

Parágrafo. En todo caso, debe garantizarse que, en todos los municipios del departamento, exista por lo menos una EPS autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud en ambos regímenes.

Artículo 6. Proceso de asignación de afiliados por adaptación del aseguramiento. Los afiliados a las Entidades Promotoras de Salud - EPS de ambos regímenes o a las Entidades Promotoras de Salud Indígenas - EPSI, que en virtud de la adaptación del aseguramiento en el departamento de La Guajira no sigan operando en algún territorio, serán asignados por el Ministerio de Salud y Protección Social, con el apoyo de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES a las EPS receptoras, según la información registrada en la Base Única de Afiliados — BDUA.

Las EPS receptoras no deben tener medidas administrativas, y para el caso de las EPS no indígenas, adicionalmente deben cumplir con los indicadores de capital mínimo y patrimonio adecuado, establecidos en los artículos 2.5:2.2.1.5 y 2.5.2.2.1.7 del Decreto 780 de 2016, según la información disponible en la Superintendencia Nacional de Salud, la cual deberá ser entregada en un plazo no mayor a un (1) día hábil siguiente a la solicitud realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Las EPS que no sigan operando en algún territorio en el marco de la presente resolución, deberán entregar la base de datos que contenga la información de los afiliados, sus grupos familiares y demás datos relevantes para el proceso de asignación, en la estructura definida por la ADRES, en un plazo no mayor a un (1) día hábil siguiente a la solicitud de dicha entidad.

Una vez publicado por el Ministerio de Salud y Protección Social los resultados del proceso descrito, recibida la información de la Superintendencia Nacional de Salud y las bases de datos de las EPS que no sigan operando en algún territorio, se realizará el proceso de asignación en forma proporcional al número de afiliados de las EPS receptoras en cada municipio, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes, el cual quedará efectivo a partir del primer día calendario del mes siguiente a la fecha en que esta cartera ministerial entregue a las EPS receptoras los afiliados que le fueron asignados. Estas últimas deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.1.11.6 del Decreto 780 de 2016.

Transcurridos noventa (90) días calendario, contados a partir de la fecha de efectividad de la asignación a las EPS receptoras, los afiliados asignados podrán escoger libremente y trasladarse a



cualquier otra EPS que opere en el municipio de su residencia, este traslado será efectivo a partir del primer día calendario del mes siguiente. Se exceptúa de este plazo los siguientes casos:

- a) Cuando algún miembro del grupo familiar quede asignado en una EPS distinta a la del cotizante o cabeza de familia, evento en el cual se podrá solicitar el traslado de forma inmediata a la EPS en la cual se haya asignado el cotizante o cabeza de familia. La EPS deberá tramitar de forma inmediata la respectiva novedad.
- b) Cuando los miembros de las comunidades indígenas soliciten el traslado de EPS o EPSI, una vez agotado el proceso señalado en el artículo 17 de Ley 691 de 2001. En este caso, la EPS receptora deberá tramitar de manera inmediata esta novedad según los procedimientos vigentes, y será efectiva a partir del primer día calendario del mes siguiente a la fecha del registro de la solicitud de traslado.

Parágrafo 1. En virtud de la adaptación de la operación del aseguramiento, para la población indígena registrada en la Base Única de Afiliados — BDUA, el Ministerio informará a las respectivas entidades territoriales, para que, de acuerdo con la información disponible de las comunidades indígenas en cada municipio, se adelanten las gestiones necesarias para determinar la EPS seleccionada, entre aquellas que continúen operando el aseguramiento en el territorio. El plazo de respuesta al Ministerio de Salud y Protección Social será no mayor a dos (2) días hábiles. En caso de que no se reciba respuesta, esta población será asignada a las EPSI de acuerdo con las reglas establecidas en el presente decreto.

Las EPSI receptoras solamente recibirán los afiliados de que trata el presente parágrafo.

Parágrafo 2. Los afiliados del régimen contributivo que se encuentren en EPS no indígenas serán asignados en las EPS que continúen operando el aseguramiento en el territorio y que se encuentren autorizadas en este régimen, de acuerdo con las reglas establecidas en la presente resolución.

Artículo 7. Capacidad de afiliación de las EPS por adaptación del aseguramiento. Las EPS que, en virtud de la adaptación del aseguramiento en el departamento de La Guajira sigan operando, podrán realizar afiliaciones o aceptar traslados en ambos regímenes, independiente del régimen que tenga autorizado. Estos afiliados se registrarán en la Base Única de Afiliados — BDUA, con la respectiva novedad de movilidad entre regímenes, según establece el artículo 2.1.7.7 del Decreto 780 de 2016.

Las modificaciones de la capacidad de afiliación resultantes del proceso de adaptación del aseguramiento deben adelantarse en el marco de lo establecido en el artículo 2.1.13.8. del Decreto 780 de 2016. En todo caso la verificación de la capacidad de afiliación se realizará con posterioridad a la efectividad del proceso de asignación.

Parágrafo. Las EPS no indígenas que sigan operando en virtud de la adaptación del aseguramiento de que trata la presente resolución, únicamente podrán realizar modificaciones de capacidad de afiliación de tipo poblacional.

Artículo 8. Procedimiento para el giro de los recursos que financian los Equipos de Salud Territoriales. Para el giro de los recursos que financian la operación de los Equipos de Salud Territoriales, se deberá seguir el siguiente proceso:

8.1 La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES deducirá el valor de forma mensual de las Unidades de Pago por Capitación que se reconozcan a las Entidades Promotoras de Salud — EPS y Entidades Promotoras de Salud Indígenas — EPSI que operan en el departamento de La Guajira, la proporción que definan de manera coordinada con el Ministerio de Salud y Protección Social, para el financiamiento de los Equipos de Salud Territoriales.

8.2 Los valores deducidos se administrarán por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES de manera independiente a los demás recursos administrados por esa entidad.

8.3 La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES girará mensualmente a las Empresas Sociales del Estado — ESE y a las IPS indígenas de La Guajira, cuando aplique, el valor correspondiente al costo de funcionamiento de los Equipos de Salud Territoriales; para tal fin las ESE o IPS indígenas, cuando aplique, deberán informar el número y tipo de los Equipos.

8.4 Para efecto del giro de los recursos, las Empresas Sociales del Estado — ESE y las IPS indígenas de La Guajira, cuando aplique, deberán aperturar una cuenta maestra y registrarla ante



Referencia: Control inmediato de legalidad

Radicación: 11001-03-15-000-2023-04875-00

Resolución 1374 de 2023 – Ministerio de Salud y Protección Social

la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES, con las condiciones y requisitos que esta determine.

8.5 La ADRES realizará la verificación de la existencia y funcionamiento de los equipos.

Parágrafo 1. El primer giro de los recursos a las Empresas Sociales del Estado — ESE o a las IPS indígenas de La Guajira, cuando aplique, lo realizará la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud —ADRES, de acuerdo con la información que le suministre el Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo 2. Lo establecido en el presente artículo, se entenderá incorporado a los acuerdos de voluntades que existan o llegaren a existir entre las Entidades Promotoras de Salud — EPS, las Entidades Promotoras de Salud Indígenas — EPSI, Empresas Sociales del Estado — ESE e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Indígenas del departamento de La Guajira y, de ser necesario, se realizarán los ajustes pertinentes.

Parágrafo 3. Cuando, como resultado del proceso de diálogo genuino, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Indígenas - IPSI operen Equipos de Salud Territoriales, se aplicará el procedimiento establecido en el presente artículo.

Artículo 9. Especificaciones técnicas y operativas para el reporte y giro del financiamiento de los Equipos de Salud Territoriales. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES definirá y adoptará, mediante acto administrativo, las especificaciones técnicas y operativas para el reporte y giro del financiamiento de los Equipos de Salud Territoriales operados por las Empresas Sociales del Estado y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Indígenas, en cada caso.

Artículo 10. Procedimiento de giro directo. El mecanismo, los plazos y las reglas a que deberán sujetarse las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Promotoras de Salud Indígenas — EPSI que operen en el departamento de La Guajira de acuerdo con la adaptación del aseguramiento de que trata la presente resolución, para reportar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES los valores objeto del mecanismo de giro directo a los prestadores y proveedores de servicios y tecnologías en salud, es el dispuesto en las Resoluciones 654 de 2014, 3503 de 2015, 1587 de 2016, 4621 de 2016 y 3110 de 2018, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo 1. El giro directo de los recursos de que trata el artículo 12 del Decreto Legislativo 1270 de 2023, se realizará a las cuentas bancarias que los prestadores y proveedores de servicios y tecnologías en salud hayan registrado para Giro Directo ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES, en caso de no tener cuenta, deben realizar la inscripción, actualización o modificación correspondiente, en cumplimiento de la Resolución 42993 de 2019 expedida por la ADRES, o aquella que la modifique o sustituya.

Parágrafo 2. Las EPS y EPSI deberán adoptar las estructuras definidas en los Anexos Técnicos N°1 y N°2, mencionados en los artículos 11 y 12 del presente acto administrativo, para realizar el reporte correspondiente del procedimiento de giro directo de la Unidad de Pago por Capitación de los regímenes contributivo y subsidiado de la población asegurada en el departamento de La Guajira.

Parágrafo 3. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES deberá identificar en sus bases de datos el giro directo de los recursos de que trata el artículo 12 del Decreto Legislativo 1270 de 2023 y reportados conforme a lo dispuesto en el presente acto administrativo.

Parágrafo 4. Las EPS y EPSI serán responsables de los montos autorizados, así como de la veracidad y consistencia de la información que reporten en los Anexos Técnicos N°1 y 2 que hace parte integral de la presente resolución. Los datos asociados a la factura no serán objeto de validación por parte de la ADRES y la responsabilidad de cualquier inconsistencia será exclusiva de la EPS que reporta la información.

Artículo 11. Giro directo de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación reconocidos a las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Promotoras de Salud Indígenas para operar en el Régimen Subsidiado, correspondientes a la población afiliada del departamento de La Guajira. Las Entidades Promotoras de Salud — EPS y Entidades Promotoras de Salud Indígenas — EPSI aplicarán el giro directo por los recursos de la Unidad de Pago por Capitación que le sean reconocidos por la población afiliada en el departamento de La Guajira, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1270 de 2023 y la estructura definida en el Anexo Técnico N° 1 que hace parte integral de la presente resolución.



El reporte de información se realizará en los términos y condiciones definidos en el Anexo Técnico N°1.

En todo caso, la implementación del giro de los recursos se realizará de manera progresiva, iniciando con las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud que son de la red del departamento de La Guajira.

Artículo 12. Giro directo de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación reconocidos a las Entidades Promotoras de Salud para operar en el Régimen Contributivo, correspondientes a la población afiliada en el departamento de La Guajira. Las Entidades Promotoras de Salud aplicarán el giro directo por los recursos de la Unidad de Pago por Capitación que le sean reconocidos por la población afiliada en el departamento de La Guajira, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1270 de 2023 y la estructura definida en el Anexo Técnico N° 2 que hace parte integral de la presente resolución.

El reporte de información se realizará en los términos y condiciones definidos en el Anexo Técnico N°2 del presente acto.

En todo caso, la implementación del giro de los recursos se realizará de manera progresiva, iniciando con las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud que son de la red del departamento de La Guajira.

Artículo 13. Mecanismo de seguimiento y monitoreo al funcionamiento de los Equipos de Salud Territoriales. Las Empresas Sociales del Estado — ESE y las IPS indígenas, cuando corresponda, remitirán a las Entidades Promotoras de Salud — EPS y a las Entidades Promotoras de Salud Indígenas — EPSI, con una periodicidad mensual, los informes que den cuenta de la ejecución de las actividades realizadas por los equipos de salud territorial, con el fin de que las EPS y EPSI integren éstos en sus indicadores de gestión del riesgo.

Posteriormente, las EPS y EPSI deberán remitir a las Unidades Zonales de Planeación y Seguimiento, sus informes de cumplimiento de los indicadores en salud.

Artículo 14. Tratamiento de la información. Los actores que participan en el flujo y consolidación de la información, serán responsables del cumplimiento del régimen de protección de datos y demás aspectos relacionados con el tratamiento de información, que les sea aplicable en el marco de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, la Ley 1712 de 2014, el Capítulo 25 del Libro 2, Parte 2, Título 2 del Decreto 1074 de 2015 y las normas que las modifiquen, reglamenten o sustituyan, en virtud de lo cual se hacen responsables de la privacidad, seguridad y confidencialidad de la información suministrada y sobre los datos a los cuales tiene acceso.

Artículo 15. Seguridad de la información. Para garantizar la seguridad y veracidad de la información reportada, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES, las Entidades Promotoras de Salud y las Empresas Promotoras de Salud Indígenas que operan el aseguramiento en el Departamento de La Guajira del Régimen Contributivo y Subsidiado, deben enviar los archivos firmados digitalmente, lo cual los protege, garantizando su confidencialidad, integridad y no repudio. Para firmar digitalmente los archivos, se debe usar un certificado digital emitido por una entidad certificadora abierta, aprobada por la entidad competente.

Artículo 16. Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLIQUESE Y CÚMPLASE

Ministro de Salud y Protección Social

2. Trámite procesal del medio de control

Por auto del 26 de septiembre de 2023², el magistrado sustanciador avocó conocimiento del control inmediato de legalidad de la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023, por cuanto, consideró que se cumplían los requisitos de procedibilidad que devienen de lo prescrito en el artículo 136 del CPACA. En la providencia se ordenó la fijación en lista por el término de diez días³ para que los

² Índice 5 de SAMAI.

³ La fijación en lista se realizó el 17 de octubre de 2023, tal y como constan en el índice 15 de SAMAI.



ciudadanos impugnaran o coadyuvaran la resolución objeto de control, también se dispuso notificar al ministro de Salud y Protección Social, al director general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al agente del Ministerio Público y se invitó a las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional y a la Universidad Libre, para que se pronunciaran sobre la legalidad de la Resolución mencionada⁴.

3. Intervenciones

3.1. El 10 de octubre de 2023⁵, la señora **Ana María Vesga Gaviria**⁶ solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023, toda vez que, las medidas adoptadas no cumplen los criterios de finalidad, necesidad ni proporcionalidad.

En ese sentido, alegó que las normas expedidas debían dirigirse a hacer frente a los efectos de los fenómenos climáticos, previstos para el segundo semestre de 2023, así como a garantizar la disponibilidad del recurso hídrico en el departamento de La Guajira, sin embargo, explicó que ninguno de los artículos de la mencionada resolución busca atender esas situaciones, sino que el Gobierno nacional valoró erróneamente e instrumentalizó la crisis estructural que se presenta en el departamento, para modificar el actual diseño legal del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), desconociendo que es un asunto que corresponde al legislador; que existen otras herramientas para tomar medidas urgentes de política pública, y que la Corte Constitucional le ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social, formular e implementar una política de salud con el fin de enfrentar la crisis humanitaria en el citado departamento –declarada como estado de cosas inconstitucional en la sentencia T-302 de 2017–.

A su vez, la ciudadana indicó que era importante tener en cuenta que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-383 de 2023, declaró inconstitucional el Decreto Legislativo 1085 de 2023, y que si bien, en su numeral segundo, los efectos de inexecutable de la decisión fueron diferidos por el término de un año, esto fue, «respecto de la amenaza de agravamiento de la crisis humanitaria por la menor disponibilidad de agua», lo cual, implica la inconstitucionalidad de los asuntos relacionados con el SGSSS, en particular, con el cambio de modelo que incorporó la resolución objeto de control que, en su sentir, establece medidas que no son idóneas ni conducentes para solucionar la crisis y que la agravan porque, sin justificación razonable, limita los derechos fundamentales [libertad, debido proceso y confianza legítima] de los habitantes y de los prestadores del servicio de salud en ese departamento.

⁴ El envío de los mensajes electrónicos para la notificación de la providencia de 26 de septiembre de 2023 se realizaron el día siguiente, como consta en los índices 7 y 8 de SAMAI

⁵ Según memorial enviado por correo electrónico a la Secretaría General de esta corporación contenido en el índice 14 de SAMAI.

⁶ La mencionada ciudadana manifestó ser la presidenta ejecutiva de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –ACEM–.



3.2. El 12 de octubre de 2023⁷, el **Ministro de Salud y Protección Social** solicitó que se declarara la legalidad de la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023. En primer lugar, la entidad aclaró que, si bien, mediante sentencia C-383 de 2023, la Corte Constitucional declaró la inexecutable diferida del Decreto Legislativo 1085 de 2 de julio de 2023, según la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado⁸, no impide que se realice el estudio autónomo que le corresponde al medio de control inmediato de legalidad. En ese sentido, la entidad sostuvo que la Resolución 1374 de 2023 surtió efectos desde la fecha de su expedición y, en todo caso, no ha sido anulada por un juez ni suspendidos sus efectos, razón por la que es eficaz. Además, señaló que «el acto administrativo que se controla, también se sustenta en facultades ordinarias que el ordenamiento jurídico le ha asignado a este Ministerio, como ente rector del Sector Salud y no únicamente facultades constitucionales, de manera que, la legalidad del acto administrativo podrá ser analizada de manera autónoma»⁹.

En segundo lugar, como fundamentos fácticos que dieron origen y motivación al acto objeto de control, el Ministerio explicó que el modelo actual de atención en salud en el departamento de La Guajira presenta las siguientes fallas:

- i. Resultados en salud deficientes e inequitativos con presencia de morbilidad y mortalidad evitable en cifras superiores a las registradas en el país y bajas coberturas para la gestión del riesgo en salud especialmente en zonas rurales.
- ii. Oferta de servicios fragmentada y segmentada que impide la continuidad de la atención, con distribución insuficiente y desigual entre los ámbitos rural y urbano, que no responde a las condiciones socio-demográficas de la población ni a la dispersión geográfica del departamento; así como el deterioro de la infraestructura hospitalaria y disminución del número de prestadores de servicios de salud.
- iii. Baja disponibilidad de profesionales de medicina, enfermería y auxiliares de enfermería con densidades por debajo del promedio nacional y de la OCDE.

⁷ Según memorial enviado por correo electrónico a la Secretaría General de esta corporación contenido en el índice 17 de SAMAI.

⁸ El Ministerio de Salud y Protección Social citó: «Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de mayo de 2012, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-15-000-2010-00200-00 y Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 5 de marzo de 2012, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Rad. 11001-03-15-000-2010-00369-00(CA). [...] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de septiembre de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 11001-03-25-000-2013-01304-00(3319-13)».

⁹ Al respecto, el Ministerio de Salud y Protección Social indicó como fundamentos normativos del acto objeto de control los artículos 1.º del Decreto 4107 de 2011 [modificado por el Decreto 2562 de 2012], 170 de la Ley 100 de 1993 [subrogado por el artículo 119 del Decreto 2150 de 1995], 4.º, 5.º, 13 y 65 de la Ley 1751 de 2015, la Ley 715 de 2001, la Ley 1438 de 2011 y el Decreto 780 de 2016.



iv. Servicios de salud que no reconocen la salud propia e intercultural ni las particularidades de los pueblos indígenas que lo habitan.

La entidad indicó que las situaciones descritas afectan principalmente a los pueblos indígenas, ponen en riesgo la vida y la salud de los niños, niñas y adolescentes, de las mujeres gestantes y lactantes, y de las personas mayores de estas comunidades. Asimismo, señaló que **i)** si bien el aseguramiento en salud en el departamento registra una cobertura del 100 %, se evidenció la débil gestión del riesgo por parte de las EPS para el acceso a intervenciones de detección temprana y protección específica, **ii)** si bien la Ley 100 de 1993 previó como modelo de financiamiento de los servicios y tecnologías en salud la denominada unidad de pago por capitación –UPC–, esta se encuentra limitada por situaciones logísticas y requerimientos que se alejan de la cultura territorial del departamento, y **iii)** a pesar de haber permitido el artículo 150 de la Ley 2294 de 2023 el giro directo para el pago de los servicios en los regímenes contributivo y subsidiado, tal facultad quedó limitada únicamente para las EPS que no se encuentran adaptadas al Estado y aquellas que en su desempeño financiero no cumplan con el patrimonio adecuado, sin embargo, el régimen basado en un sistema de reembolso ha llevado a estas instituciones a tener una permanente crisis financieras que ponen en riesgo la prestación del servicio público esencial a cargo del Estado.

De acuerdo con lo anterior, el Ministerio manifestó que la expedición de las disposiciones del acto objeto de control tienen por objeto un modelo de salud que permita el desarrollo de acciones territorializadas, universales, sistemáticas, de fortalecimiento, permanentes, resolutivas y cercanas a los lugares de residencia de las comunidades y pueblos, que garanticen la prestación del servicio, y con las cuales se define para el departamento de La Guajira **i)** los territorios para la gestión en salud, **ii)** los criterios de la adaptación del aseguramiento, **iii)** los procedimientos de pago de los equipos de salud territoriales y **iv)** de giro directo, cuya finalidad es conjurar de manera integral y sistemática las causas que dieron origen a la declaratoria de la emergencia y responder de manera oportuna y efectiva a las necesidades de salud, en el marco de las medidas dispuestas en el Decreto Legislativo 1270 de 2023.

Finalmente, el Ministerio explicó que la expedición del acto objeto de control se realizó por autoridad competente, atiende los criterios de proporcionalidad, legalidad y eficiencia, las medidas adoptadas guardan conexidad con los Decretos Legislativos 1085 y 1270 de 2023, resultan idóneas, necesarias, son proporcionales para conjurar la crisis humanitaria que se vive en ese departamento y no representan vulneración o restricción alguna a derechos fundamentales, por el contrario, pretenden materializar los mandatos establecidos en el citado Decreto Legislativo y de esa forma garantizar el derecho fundamental a la salud y a la vida de la población más vulnerable.



3.3. El 30 de octubre de 2023¹⁰, el vicedecano académico de la Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales de la **Universidad Nacional de Colombia** informó que el Equipo de Conceptos Jurídicos decidió no participar en la emisión de concepto frente al presente asunto, «debido a la inexecutable del Decreto 1085 de 2023 decretada por la Corte Constitucional mediante sentencia de 02 de octubre de 2023, que trae como consecuencia la inexecutable de los demás decretos proferidos en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira, así como de los actos administrativos dictados en razón a tales decretos, como lo viene a ser la resolución No. 1374 del 04 de septiembre de 2023».

4. Concepto del Ministerio Público

El 30 de octubre de 2023¹¹, la **Procuraduría Séptima Delegada** ante el Consejo de Estado, en cuanto a los requisitos de procedencia del medio de control, señaló que la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023 **i)** fue expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, autoridad del orden nacional, de naturaleza política y administrativa que pertenece a la rama ejecutiva del poder público, **ii)** se dictó en ejercicio de función administrativa y corresponde a un acto administrativo de carácter general, mediante el cual se establecieron, para el departamento de La Guajira, los territorios para la gestión en salud, la adaptación del aseguramiento, el procedimiento y pago de los equipos de salud territoriales, el procedimiento de giro directo, y **iii)** tuvo como sustento normativo los Decretos Legislativos 1085 y 1270 de 2023.

No obstante, indicó que **a.** el 3 de octubre de 2023, la Corte Constitucional publicó el comunicado de prensa núm. 35, a través del cual informó que mediante sentencia C-383 de 2023 resolvió: «[d]eclarar INEXEQUIBLE el Decreto Legislativo 1085 de 2 de julio de 2023» y **b.** a través de nota de prensa «de fecha 26 de octubre de 2023», la Sala Plena de esa corporación «resolvió declarar la inexecutable, con efectos retroactivos (es decir desde la fecha de su expedición por parte del Gobierno nacional), del Decreto 1270 de 2023, mediante el cual se adoptaron medidas en materia de salud ».

Al respecto, la entidad expuso que el control que corresponde ejercer al juez contencioso, «no se limita a determinar si el acto se ajusta al decreto legislativo que por su conducto se desarrolla, sino frente a todo el ordenamiento superior, razón por la que este es un control inmediato, [...] donde su análisis implica una confrontación con la (i) Constitución Política, (ii) el decreto que declara la emergencia y (iii) el decreto legislativo que dice desarrollar». En consecuencia, considera que en el *sub judice* se debe realizar el juicio de legalidad

¹⁰ Según memorial enviado por correo electrónico a la Secretaría General de esta corporación contenido en el índice 18 de SAMAI.

¹¹ Según memorial enviado por correo electrónico a la Secretaría General de esta corporación contenido en el índice 19 de SAMAI.



Referencia: Control inmediato de legalidad

Radicación: 11001-03-15-000-2023-04875-00

Resolución 1374 de 2023 – Ministerio de Salud y Protección Social

independientemente de que la Corte Constitucional hubiera declarado la inconstitucionalidad del decreto legislativo desarrollado, en tanto, es necesario determinar si, mientras el acto administrativo produjo efectos, se ajustó al ordenamiento jurídico. En este sentido, precisó que «si el acto no alcanzó a proyectar efectos, el control inmediato de legalidad carecerá de fundamento, por carencia actual del objeto».

No obstante, seguidamente, explicó que en la jurisprudencia constitucional se ha advertido que existe una relación intrínseca de validez entre el acto que declara el estado de emergencia y los cuerpos legislativos expedidos para conjurarlo. El primero, «es el instrumento a través del cual el Presidente de la República se reviste de las facultades de excepción que lo habilitan para adoptar los segundos» y, por ello, la inexecuibilidad del «decreto básico», por su incompatibilidad con la Carta Política, deriva en el «decaimiento de los decretos posteriores» ante la sustracción de su fundamento jurídico¹², por tanto, a partir de la declaratoria de la sentencia C-383 de 2023, la agente señaló que era razonable considerar que el Decreto Legislativo 1270 de 2023, sustento normativo del acto administrativo aquí enjuiciado, era igualmente inconstitucional por consecuencia, al igual que las decisiones que con fundamento en este se expedieran.

En este sentido, señaló que se ha identificado el fenómeno de «inconstitucionalidad por consecuencia», el cual «consistente en que la declaración de inexecuibilidad del decreto declaratorio del estado de excepción produce, como efecto obligado, la inexecuibilidad de los decretos legislativos que lo desarrollan»¹³. Asimismo, indicó que, a su turno, el Consejo de Estado lo ha expresado en relación con la denominada pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo –artículo 91 del CPACA–, y particularmente, con el fenómeno del decaimiento del acto administrativo, cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen del ordenamiento jurídico con ocasión de una decisión previa de inexecuibilidad¹⁴.

En suma, para el Ministerio Público, si bien la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023 fue proferida por la autoridad competente al momento de su expedición, actualmente, la declaratoria de inexecuibilidad por parte de la Corte Constitucional de los decretos que le sirvieron de fundamento, derivan en la pérdida de ejecutoriedad del acto objeto de control.

¹² El Ministerio Público se fundamentó en las sentencias de la Corte Constitucional C-619 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, C-276 de 2011, MP. Mauricio González Cuervo y C-488 de 1995, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

¹³ Además, el Ministerio Público trajo a colación las sentencias de la Corte Constitucional C-253 de 2010, MP. Nilson Pinilla Pinilla, C-255 de 2011, MP. María Victoria Calle Correa C-246 de 2011, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, C-252 de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, C-254 de 2011, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-256 de 2011, MP. Juan Carlos Henao Pérez, C-257 de 2011, MP. Juan Carlos Henao Pérez y C-264 de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Al respecto, la agente del Ministerio Público citó: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 1.º de agosto de 1991, MP. Miguel González Rodríguez, cuya línea resultaba concordante con lo indicado por la Corte Constitucional en las sentencias C-069 de 1995, MP. Hernando Herrera Vergara y C-176 de 2009, MP. Clara Elena Reales Gutiérrez.



II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Veintidós Especial de Decisión del Consejo de Estado es competente para decidir el presente medio de control inmediato de legalidad, de conformidad con el trámite previsto en el artículo 185 del CPACA¹⁵, en concordancia con los artículos 136¹⁶ y 111, numeral 8¹⁷ ibidem y el artículo 29 del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019 –Reglamento Interno del Consejo de Estado–.

2. Medio de control inmediato de legalidad

Previo a efectuar el juicio de legalidad de la 1374 de 4 de septiembre de 2023, suscrita por el ministro de Salud y Protección Social, la Sala hará una breve exposición acerca de tres aspectos fundamentales: **i)** los estados de excepción en Colombia, **ii)** la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica expedida a través del Decreto Legislativo 1085 de 2 de julio de 2023 y **iii)** el alcance del control inmediato de legalidad, para luego proceder al **iv)** estudio de del caso concreto.

2.1. Los estados de excepción en Colombia

Los denominados estados de crisis o estados de excepción, corresponden al régimen jurídico que consagra la Constitución Política para otorgarle a las autoridades administrativas, las herramientas jurídicas necesarias para enfrentar las circunstancias económicas, sociales, políticas o ambientales anormales o extraordinarias que amenacen o afecten gravemente la estabilidad institucional, la paz, el funcionamiento del Estado, a fin de conjurarlas e impedir la extensión de sus efectos, cuando no es posible afrontarlos con los instrumentos jurídicos ordinarios¹⁸.

¹⁵ «Artículo. 185.- Trámite del control inmediato de legalidad de actos. [...] 1. La sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los magistrados de la corporación y el fallo a la Sala Plena [...]], adicionado parcialmente (dos parágrafos) por el artículo 44 de la Ley 2080 de 2021.

¹⁶ «Artículo. 136.- Control inmediato de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la jurisdicción 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, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este código».

¹⁷ «Artículo 111.- Funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. [...] 8. Ejercer el control inmediato de legalidad de los actos de carácter general dictados por autoridades nacionales con fundamento y durante los estados de excepción [...]], modificado parcialmente (los numerales 3 y 4) por el artículo 18 de la Ley 2080 de 2021.

¹⁸ «En la vida de los Estados también hay lugar para las situaciones excepcionales, esto es, para aquellos estados de anormalidad que ponen en peligro la existencia del Estado, la estabilidad institucional y la convivencia democrática, que no pueden enfrentarse con los instrumentos jurídicos ordinarios y que imponen la necesidad de una respuesta estatal diferente. Distintos mecanismos han contemplado los Estados para afrontar tales situaciones excepcionales. Unos, como ocurre en Estados Unidos e Inglaterra, amparándose en el efecto vinculante de su ininterrumpida tradición constitucional, no regulan expresamente la manera como se han de afrontar esos estados excepcionales. [...] Otros, como España y Colombia, consagran un derecho constitucional de excepción que comprende una regulación detenida del constituyente y una regulación complementaria del legislador. En ella se fijan los presupuestos para la declaratoria de un estado de



En la tradición jurídica nacional, tales potestades se han caracterizado por su carácter reglado, en tanto su ejercicio está sometido a un régimen de controles políticos y jurídicos con el fin evitar la ruptura del orden constitucional y el consecuente surgimiento de regímenes de facto, que amenacen los derechos y las libertades ciudadanas y atenten contra la vigencia del orden institucional.

La Constitución Política de 1991 estableció tres categorías de estados de anormalidad: el estado de guerra exterior (artículo 212), el estado de conmoción interior (artículo 213) y el estado de emergencia económica, social y ecológica (artículo 215). Para su puesta en marcha, el constituyente ordenó la expedición de una ley estatutaria que regulara la materia, con el fin de establecer sus límites y controles. En este orden se expidió la ley 137 de 1994, que en su artículo 2.º señaló como finalidad (i) «establecer los controles al ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno» y (ii) fijar «las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales». Precisó la misma disposición que los hechos que autorizan el uso de las facultades excepcionales deben corresponder a «circunstancias extraordinarias que hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado».

En relación con las reglas que la Constitución, la ley y la jurisprudencia han señalado respecto de los estados de excepción, pueden destacarse las siguientes: **(i)** su declaratoria está sujeta a requisitos de forma y contenido, en tanto debe ser firmado por el presidente y sus ministros, quienes serán responsables por extralimitación o abusos en su expedición y obedecer a causas extraordinarias, imprevistas y graves; **(ii)** los decretos legislativos que se expidan como consecuencia de su declaratoria, deben referirse a medidas estrictamente necesarias para superar la crisis, conexas y proporcionales a sus causas; **(iii)** durante su vigencia no pueden suspenderse los derechos ni las libertades fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución y los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y el derecho internacional humanitario; **(iv)** su duración está definida en el tiempo, excepto el estado de guerra exterior, que se extiende mientras subsista la confrontación armada internacional; **(v)** las medidas deben respetar el principio de colaboración armónica entre las ramas y órganos del Estado, como el sistema de frenos y contrapesos que los gobierna; **(vi)** los decretos legislativos están sometidos, tanto al control político del Congreso de la República, como al judicial por parte de la Corte Constitucional, y de la jurisdicción contencioso-administrativa, que conoce del control inmediato de legalidad de los actos administrativos de carácter general que desarrollan los decretos legislativos.

anormalidad institucional, se señalan los límites de esas facultades, se configura el sistema de controles a que se somete al ejecutivo y supedita ese régimen a lo dispuesto en una ley de especial jerarquía». Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002, MP. Jaime Córdoba Triviño.



2.2. Declaración del estado de emergencia económica, social y ecológica adoptada mediante el Decreto Legislativo 1085 de 2023

En relación con el asunto que nos convoca, se tiene que el presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones previstas en el artículo 215 de la Constitución Política, expidió el Decreto Legislativo 1085 de 2 de julio de 2023, mediante el cual, declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira, por el término de 30 días, como medida de contención para enfrentar la grave crisis humanitaria en el referido departamento que se estructuró en la falta de acceso a servicios básicos vitales, materializada en causas múltiples, tales como: **i)** la escasez de agua potable para el consumo humano; **ii)** la crisis alimentaria por dificultades para el acceso físico y económico a los alimentos; **iii)** los efectos del cambio climático acentuado por los climas cálido desértico y cálido árido que predominan en el territorio y que viene afectando profundamente las fuentes de agua; **iv)** la crisis energética y la falta de infraestructura eléctrica idónea y adecuada, en especial en las zonas rurales, a pesar de que La Guajira cuenta con el más alto potencial para la generación de energía eólica y solar del país; **v)** la baja cobertura para el acceso a los servicios de salud, en especial en zonas rurales; **vi)** la baja cobertura en el sector de educación, con altos índices de deserción escolar, infraestructura de baja calidad y malas condiciones laborales para los educadores; situaciones más notorias en la zona rural, en donde las comunidades indígenas atienden clases en condiciones precarias, entre otros problemas de orden social, económico y político.

En tal virtud, el Gobierno nacional quedó facultado para expedir decretos legislativos tendientes a conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos. Es así, que, en ejercicio de las facultades excepcionales, se expidió el Decreto Legislativo 1270 del 31 de julio de 2023, en el cual adoptó medidas en materia de salud, con el objeto de garantizar a la población la atención en salud con cobertura territorializada, universal, sistemática y permanente, eliminando barreras de acceso sociales, geográficas, económicas, culturales, asistenciales y administrativas en salud, en cuyos artículos 6.º 11, 12 y dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 6. Creación de la Red Integral e Integrada territorial e intercultural de salud para el Departamento de la Guajira. El Ministerio de Salud y Protección Social creará sobre la base de un enfoque diferencial y el derecho a la participación, la red integral e integrada territorial e intercultural de salud para el departamento de La Guajira en coordinación con la Secretaría de Salud Departamental, las Autoridades Tradicionales de los pueblos indígenas, incluyendo al pueblo Wayuu; afrodescendientes y Rrom, que habitan en el Departamento y demás actores del Sistema de Salud, para la implementación del modelo de salud propio e intercultural.

La red será habilitada por el Ministerio de Salud y Protección Social y tendrá un componente primario de atención territorializado que garantice servicios de salud de calidad, resolutivos e interculturales, bajo las modalidades de prestación intramural, extramural, telemedicina y comunitaria a través de Centros de Atención Primaria en Salud-CAPS y equipos de salud territoriales, los cuales se constituyen en el primer contacto y puerta de entrada de la población al sistema de salud; así como un componente complementario con servicios de mediana y alta complejidad.

El Gobierno Nacional garantizará la disponibilidad de recursos financieros y técnicos adicionales incluyendo las operaciones de empréstito o donaciones de organismos multilaterales, para la estructuración de proyectos y la ejecución de la infraestructura, equipamiento fijo, dotación biomédica,



tecnologías, transporte multimodal y el apoyo logístico para la operación del modelo de salud propio e intercultural en el departamento, atendiendo el marco fiscal de mediano plazo y las disponibilidades presupuestales.

PARÁGRAFO 1. Los proyectos de infraestructura, dotación o equipos biomédicos que el Ministerio de Salud y Protección Social determine que son de control especial y los que se financian directamente con recursos del Ministerio de Salud y Protección Social, no requerirán estar incluidos en el plan bienal de inversión en salud durante el tiempo que se requiera para conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria de emergencia en el departamento de La Guajira.

PARÁGRAFO 2. Se autoriza transitoriamente el funcionamiento de los servicios de salud de baja y mediana complejidad, que se requieran para conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria de emergencia en el departamento de La Guajira, dicha autorización estará a cargo de la Secretaría Departamental de Salud previa solicitud de los prestadores de servicios de salud inscritos en el Registro de Servicios de Salud -REPS para: 1. Adecuar temporalmente un lugar no destinado a la prestación de servicios de salud, dentro o fuera de sus instalaciones. 2. Reconvertir o adecuar temporalmente un servicio de salud para la prestación de otro servicio no habilitado. 3. Ampliar la capacidad instalada de un servicio de salud habilitado. 4. Prestar servicios en modalidades o complejidades diferentes a las habilitadas. 5. Modificar un servicio para prestar otros servicios de salud no habilitados. El Ministerio de Salud y Protección Social expedirá lineamientos al respecto.

PARÁGRAFO 3. Los recursos podrán ser transferidos directamente a los patrimonios autónomos que se constituyan para el efecto por el Ministerio de Salud y Protección Social y en ellos podrán concurrir como aportantes las entidades de orden nacional, departamental y municipal del Departamento de la Guajira. El Ministerio de Salud y Protección Social podrá celebrar directamente contratos de fiducia mercantil en los que cualquier persona natural o jurídica podrá ser aportante de bienes o recursos a título gratuito. Tanto la selección del fiduciario, como la celebración de los contratos para la constitución de los patrimonios autónomos y la ejecución y liquidación de los proyectos por parte de los referidos patrimonios, se regirá exclusivamente por las normas del derecho privado. Las transferencias de recursos de los patrimonios autónomos se tendrán como mecanismo de ejecución presupuestal.

Los patrimonios autónomos que se constituyan de acuerdo con el presente artículo, podrán adelantar todos los procesos precontractuales, contractuales y post contractuales que sean instruidos y se regirán por el derecho privado. El Ministerio de Salud y Protección Social definirá las condiciones y criterios para las convocatorias, así como los parámetros de evaluación, selección, seguimiento y control tanto a los proyectos como a los recursos invertidos en ellos. Con cargo a los recursos administrados por los patrimonios autónomos se asumirán los costos en que se incurra para la administración de los recursos, para gastos de operación y para los contratos necesarios para la estructuración, desarrollo e implementación de los proyectos viabilizados que cuenten como mínimo con financiación o cofinanciación de recursos del Presupuesto General de la Nación.

[...]

ARTÍCULO 11. Financiación de la Atención Primaria en Salud. El Ministerio de Salud y Protección Social, en coordinación con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, definirá el valor del financiamiento de los servicios de la estrategia de Atención Primaria en Salud realizada a través de los Centros de Atención Primaria en Salud - CAPS, que incluye la operación de los equipos de salud territoriales, como una proporción de la UPC, y realizará el reconocimiento y pago de manera directa con esta proporción, a través de un presupuesto per cápita para el financiamiento de la Atención Primaria en Salud.

En el evento en que el mencionado reconocimiento exceda la proporción previamente definida, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dispondrá los recursos suficientes, que garanticen la atención integral a la población del departamento de La Guajira.

El Ministerio de Salud y Protección Social determinará las variables requeridas para definir el valor relacionado en el presente artículo, este valor se ajustará en el giro a los prestadores de servicios de salud dependiendo de la garantía de la oferta de servicios.

PARÁGRAFO 1. El Ministerio de Salud y Protección Social y las entidades territoriales de La Guajira en caso de ser necesario efectuarán transferencias directas de recursos, diferentes a los de la UPC, mediante actos administrativos de asignación a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, destinados a la prestación de servicios de salud, para la financiación de la operación o para inversión en estructuración de proyectos y la ejecución de proyectos de infraestructura, equipamiento fijo, dotación biomédica, tecnologías, así como transporte multimodal y apoyo logístico para la operación del modelo de salud propio e intercultural en el departamento según sea el caso en los términos que defina el Ministerio de Salud y Protección Social.

Así mismo se podrá transferir recursos a las organizaciones y asociaciones de autoridades tradicionales, con el fin de que brinden apoyo en la operación del modelo de salud propio e intercultural en los términos que defina el Ministerio de Salud y Protección Social.



PARÁGRAFO 2. Los recursos del Sistema General de Participaciones - SGP Salud Pública y los provenientes de otras fuentes podrán concurrir en la financiación de la atención primaria en salud.

PARÁGRAFO 3. Los saldos del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET depositados en la cuenta “Otros Gastos en salud- Inversión” de las entidades territoriales que no puedan ser ejecutados serán devueltos a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES. El Ministerio de Salud y Protección Social determinará cuáles recursos se considera que no han podido ser ejecutados.

Los recursos referenciados en el presente párrafo que se encuentren en la ADRES, podrán ser distribuidos entre las Instituciones Prestadoras de Salud Públicas, con el fin de conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria de emergencia en el departamento de La Guajira.

ARTÍCULO 12. Giro Directo. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), en nombre de las Entidades Promotoras de Salud, girará recursos de manera directa a los prestadores y proveedores de servicios y tecnologías en salud los recursos correspondientes a la Unidad de Pago por Capitación - UPC de los regímenes contributivo y subsidiado de la población asegurada del Departamento de la Guajira, una vez descontados los gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud del régimen correspondiente.

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, informará a las Entidades Promotoras en Salud, prestadores y proveedores de servicios y tecnologías en salud, los valores reconocidos. Para el caso de la Atención Primaria en Salud, informará los valores a reconocer.

PARÁGRAFO. El giro de estos recursos incluirá el presupuesto per cápita destinado a la Atención Primaria en Salud, de la población adscrita a cada uno de los Centros de Atención Primaria en Salud - CAPS.

[...]

ARTÍCULO 14. Comité de Emergencia Nutricional y Materna para La Guajira. Créese para el departamento de La Guajira el comité de emergencia nutricional y materna el cual sesionará de manera permanente, como un espacio de coordinación, articulación y toma de decisiones sectorial, intersectorial y comunitario. En este espacio se realizará el reporte, seguimiento y toma de acciones inmediatas para garantizar la atención integral de los niños y niñas menores de 5 años de edad identificados con riesgo de desnutrición, desnutrición aguda y gestantes con morbilidad materna, así como la mortalidad evitable por estas causas. En este espacio participarán el Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Colombiano de Bienestar familiar, el Instituto Nacional de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud, las Secretarías de Salud departamental y municipal, las Secretarías de Educación departamental y municipal, representantes de las Entidades Promotoras de Salud, representantes de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud municipales y departamentales, Autoridades Tradicionales de los pueblos indígenas, incluyendo al pueblo Wayuu; afrodescendientes, Rrom, representantes de la comunidad y demás que sean convocados.

Con base en las atribuciones legales previstas en el Decreto Legislativo 1085 del 2 de julio de 2023 y las disposiciones mencionadas del Decreto Legislativo 1270 del 31 de julio de 2023, el ministro de Salud y Protección Social expidió la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023 que, de conformidad con el artículo 136 del CPACA¹⁹, corresponde a esta jurisdicción conocer, a través del medio de control inmediato de legalidad.

2.3. Alcance del control inmediato de legalidad

El control inmediato de legalidad sobre las medidas de carácter general dictadas por las autoridades administrativas como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa según se trate de autoridad territorial, caso en el cual su

¹⁹ «[M]edidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción».



Referencia: Control inmediato de legalidad

Radicación: 11001-03-15-000-2023-04875-00

Resolución 1374 de 2023 – Ministerio de Salud y Protección Social

conocimiento está asignado a los tribunales administrativos, de conformidad con el artículo 151.7 del CPACA²⁰, o al Consejo de Estado, si el acto emana de una autoridad nacional, según lo dispuesto en el artículo 111.8 *ejusdem*.

La Corte Constitucional en sentencia C-179 de 1994²¹, consideró que el control inmediato de legalidad constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es una medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales. A su turno, esta corporación ha precisado que la Ley 137 de 1994 pretendió instaurar un mecanismo de control automático de legalidad de los actos administrativos que opere de forma independiente de la fiscalización que lleva a cabo la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de los decretos legislativos que les sirven de fundamento, como una garantía adicional de los derechos del ciudadano y de la legalidad abstracta. Por consiguiente, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha de efectuar el examen, de manera oficiosa, de todo acto administrativo, de alcance nacional, departamental o local, que desarrolle los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, a efecto de verificar que tales determinaciones, adoptadas en ejercicio de la función administrativa, no desborden las finalidades y los límites establecidos por la Constitución, por la Ley y por el propio Gobierno nacional en los decretos respectivos²².

En otras palabras, se trata de un procedimiento especial regulado en ley estatutaria, de carácter excepcional y temporal, cuyo objeto recae sobre actos administrativos de carácter general, expedidos al amparo de los decretos legislativos dictados en un estado de excepción; y en el que corresponde al juez: i) analizar la existencia de relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto objeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, ii) determinar su conformidad con las normas superiores que le sirven de fundamento, entre otras, los mandatos constitucionales (arts. 212 a 215), la Ley Estatutaria de Estados de los Excepción, el decreto de declaratoria del estado de excepción y los decretos con carácter legislativo expedidos por el Gobierno en virtud de la autorización constitucional para legislar por vía excepcional²³ y iii) establecer si el acto está conforme con la garantía de protección de los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico nacional.

²⁰ Reglas de competencia que fueron modificadas por el artículo 27 de la Ley 2080 de 2021, la cual fue publicada en el Diario Oficial – «AÑO CLVI. N. 51568, 25 Enero, 2021. PÁG. 1».

²¹ Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 91/92 Senado y 166/92 Cámara «[p]or la cual se regulan los estados de excepción en Colombia».

²² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de octubre de 2009, Radicación 11001-03-15-000-2009-00549-00 (CA). MP. Mauricio Fajardo Gómez.

²³ Así lo precisó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 23 de noviembre de 2010, Radicación: 11001-03-15-000-2010-00196-00. MP. Ruth Stella Correa Palacio.



La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²⁴, ha definido como características principales del control inmediato de legalidad, las siguientes:

1. Es **oficioso**, pues en el evento de no efectuarse el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento²⁵.
2. Es **integral** porque los actos administrativos se deben confrontar con todo el ordenamiento jurídico y el escrutinio del juez comprende:

[L]a revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de “conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos”²⁶.

En este punto, la jurisprudencia ha precisado que si bien el control inmediato de legalidad tiene por finalidad establecer la conformidad del acto examinado para «con el resto del ordenamiento jurídico», el control no es absoluto, pues no se trata de la confrontación del acto administrativo «con todo precepto existente de rango constitucional o legal», sino de examinar su legalidad, como se indicó en precedencia, conforme las normas constitucionales que permiten la declaratoria de los estados de excepción (artículos 212 a 215 de la Constitución Política), la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994), los decretos expedidos por el Gobierno nacional con ocasión de la declaratoria del estado de excepción, y las demás normas superiores a las que debe sujeción el acto objeto del control.

De otra parte, la Sala precisa que, en los estados de excepción, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), constituye parámetro de control de convencionalidad *ex officio*, por lo que, se impone al juez el deber de analizar las medidas administrativas frente a las normas y principios internacionales, que rigen la legalidad del estado de excepción y garantizan el goce efectivo de los derechos humanos fundamentales.

En suma, el ejercicio del control **integral** de las medidas administrativas de carácter general que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, comprende, como se indicó *ut supra*, la confrontación del acto: **i)** con las normas constitucionales que permiten la

²⁴ Entre otras decisiones, se pueden consultar las siguientes: Sentencia de 16 de junio de 2009, radicación: 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA), MP. Enrique Gil Botero y sentencia de 20 de octubre de 2009, radicación 11001-03-15-000-2009-00549-00 (CA), MP. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁵ Cfr. artículo 20 de la LEEE y artículo 136 del CPACA.

²⁶ Cita original: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de mayo de 1999, Radicación número: CA-011. MP. Ricardo Hoyos Duque, citada en sentencia de 20 de octubre de 2009, radicación 11001-03-15-000-2009-00549-00 (CA), MP. Mauricio Fajardo Gómez.



declaratoria de los estados de excepción (artículos 212 a 215 de la Constitución Política), **ii)** la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994), **iii)** los decretos legislativos expedidos por el Gobierno nacional con ocasión de la declaratoria del estado de excepción, **iv)** las demás normas superiores a las que debe sujeción el acto objeto del control y **v)** un **control de convencionalidad** para determinar si la disposición que se expide dentro del marco del estado de excepción, vulnera el núcleo esencial de los derechos humanos consagrados en la CADH y en los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico nacional²⁷.

3. Es **autónomo** porque la revisión del acto administrativo es posible, antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la exequibilidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan, sin perjuicio «de que deban acatarse y respetarse los efectos del fallo de constitucionalidad respectivo si éste ya se ha proferido o en el momento en el cual se profiera, pero sin que ello suponga la existencia de prejudicialidad alguna del juicio de constitucionalidad que adelanta la Corte Constitucional en relación con el proceso que adelanta el Juez Administrativo»²⁸.
4. La sentencia que decide el control de legalidad hace tránsito a **cosa juzgada relativa**. En este sentido entonces, como la sentencia que resuelve el control de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa es posible que la decisión administrativa sea nuevamente controvertida en la jurisdicción respecto de otras normas superiores no estudiadas y por aspectos diferentes a los analizados²⁹.

²⁷ «Desde el caso Almonacid Arellano vs. Chile, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o: las siguientes características): 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 [...] Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” **entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado**, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes». Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

Control de convencionalidad. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7. Evolución de la Jurisprudencia de la Corte IDH: Precisiones conceptuales. Parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/convencionalidad.pdf>.

²⁸ Sentencia de 20 de octubre de 2009, radicación 11001-03-15-000-2009-00549-00 (CA), MP. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de mayo de 2016, radicación 11001 03 15 0002015 02578-00, MP. Guillermo Vargas Ayala. En relación con esta característica puede consultarse también: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de noviembre de 2010, radicación 11001-03-15-000-2010-00196-00, MP. Ruth Stella Correa Palacio.



5. Es un medio de control **compatible** con el contencioso objetivo de anulación y la nulidad por inconstitucionalidad.

Así entonces, el control inmediato de legalidad definido en la ley estatutaria es un medio judicial con carácter excepcional y temporal que garantiza el orden jurídico en estados de anormalidad y preserva el equilibrio en el ejercicio de los poderes públicos en el estado constitucional de excepción.

2.3.1. Procedibilidad del medio de control

En orden a resolver si es procedente o no este medio de control, es menester verificar si se cumplen los requisitos de procedibilidad fijados en el artículo 136 del CPACA.

2.3.1.1. *Que el acto sea dictado en ejercicio de la función administrativa*

En el presente caso, se advierte que la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social «[p]or la cual se establece los territorios para la gestión en salud, la adaptación del aseguramiento, el procedimiento y pago de los equipos de salud territoriales, el procedimiento de giro directo en el departamento de La Guajira y se dictan otras disposiciones», corresponde al ejercicio de la potestad administrativa a cargo de dicha entidad, en cumplimiento de sus funciones consagradas en artículo 2.º del Decreto 4107 de 2011³⁰.

2.3.1.2. *Que el contenido del acto sea de carácter general*

En este caso, se tiene que la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023 es de carácter general, impersonal o abstracto, en tanto, «se procede a establecer la regulación de las siguientes acciones inmediatas: a) Definición de territorios para la gestión en salud, b) Adaptación de la operación del aseguramiento en cada territorio para la gestión en salud y c) Giro directo a los prestadores de servicios de salud del departamento de la Guajira», con el fin de garantizar la oferta de servicios de salud para la atención de la emergencia económica, social y ecológica declarada en el Decreto Legislativo 1085 de 2 de julio de 2023.

Al respecto, resulta necesario precisar que, pese a que las acciones inmediatas descritas se efectúan respecto del departamento de La Guajira; las empresas sociales del estado, las instituciones prestadoras de servicios de salud Indígenas, las entidades promotoras de salud –que operan en ese departamento–, las secretarías municipales y departamental, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES–, y la Superintendencia de Salud, lo cierto es que tal circunstancia no desnaturaliza su carácter general,

³⁰ [P]or 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.



habida cuenta que dicho acto no se dirige a sujetos específicos o que se encuentren individualizados por lo que sus efectos y sus destinatarios son un universo de personas indeterminadas, tratándose entonces de un acto administrativo de carácter general, cumpliéndose con el referido presupuesto.

2.3.1.3. Que el acto sea dictado por una autoridad nacional

Esta Sala resalta que el Ministerio de Salud y Protección Social es un organismo del sector central de la administración pública, que pertenece a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. Por tanto, por emanar la resolución objeto de examen de una autoridad perteneciente al orden nacional, esta manifestación de voluntad tiene la misma jerarquía, razón por la cual, se encuentra cumplida dicha exigencia.

2.3.1.4. Que el acto objeto de control sea proferido en desarrollo de un decreto legislativo

Frente a este último requisito de procedibilidad, la Sala observa que la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023 citó como fundamentos normativos los Decretos Legislativos 1085 y 1270 de 2023. A partir de esa normativa el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó medidas para garantizar la prestación del servicio de salud, con las cuales definió para el departamento de La Guajira i) los territorios para la gestión en salud, ii) los criterios de la adaptación del aseguramiento, iii) los procedimientos de pago de los equipos de salud territoriales y iv) el procedimiento de giro directo.

En cuanto al fundamento normativo, el Ministerio de Salud y Protección Social señaló que el acto objeto de control no solo tuvo como tal a los decretos legislativos que fueron declarados inconstitucionales, sino también las funciones legales previstas en los artículos 1.º del Decreto 4107 de 2011 [modificado por el Decreto 2562 de 2012], 170 de la Ley 100 de 1993 [subrogado por el artículo 119 del Decreto 2150 de 1995], 4.º, 5.º, 13 y 65 de la Ley 1751 de 2015, la Ley 715 de 2001, la Ley 1438 de 2011 y el Decreto 780 de 2016, que corresponden a medidas atinentes a las competencias ordinarias y actividades propias de la entidad en ejercicio de su función como organismo de control en materia de salud.

Sobre el particular, la Sala observa que en las consideraciones del acto objeto de control, esa normativa no fue citada, por el contrario, la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023 tiene como fin desarrollar el Decreto Legislativo 1270 de 2023. En ese sentido resulta válido que el Ministerio invoque su marco funcional en aras de ratificar su competencia para expedir el acto objeto de control, pero esa circunstancia no desdibuja que su verdadero sustento fue el decreto excepcional 1270, dictado en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica que rigió en el departamento de la Guajira, declarado a través del Decreto Legislativo 1085 de 2 de junio de 2023, razón por la cual, la Sala



encuentra satisfechos los requisitos de procedibilidad, en los términos de los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA.

2.4. Estudio de legalidad de la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023.

En cuanto al estudio del acto objeto de control, resulta para la Sala importante precisar que, en relación con el Decreto Legislativo 1085 del 2 de julio de 2023, la Corte Constitucional efectuó el control automático de constitucionalidad, a través de la Sentencia C-383 de 2023³¹. Según el comunicado de prensa³² núm. 35 de 2 de octubre de 2023³³, esa corporación resolvió lo siguiente:

Primero. Declarar INEXEQUIBLE el Decreto Legislativo 1085 de 2 de julio de 2023, “[p]or medio del cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira”.

Segundo. Conceder EFECTOS DIFERIDOS a esta decisión por el término de un (1) año, contados a partir de la expedición del Decreto 1085 de 2 de julio de 2023, respecto de la amenaza de agravamiento de la crisis humanitaria por la menor disponibilidad de agua.

Tercero. Exhortar al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ordinarias, adopten las medidas necesarias para superar la grave crisis humanitaria estructural que existe en el departamento de La Guajira constatada en la Sentencia T-302 de 2017 y, con ello, se garantice la efectividad de los derechos fundamentales de las personas que habitan en esa zona del país. Así mismo, para que fortalezcan las instituciones previstas en el ordenamiento jurídico con competencias en materia de cambio climático y le asignen los recursos que las circunstancias demanden.

La Corte Constitucional consideró que el Decreto Legislativo 1085 de 2023 si bien cumplió con los presupuestos formales previstos en el artículo 215 de la Constitución Política, no cumplió con el requisito material de suficiencia. En punto del juicio material del decreto, consideró lo siguiente:

[L]a Corte no encontró satisfecho el juicio de suficiencia. Sostuvo que la respuesta a los desafíos que plantea el agravamiento de la crisis climática que se pone de manifiesto con especial intensidad en el departamento de La Guajira debe convocar la acción decidida y la colaboración armónica de todas las instituciones del Estado, y llevarse a cabo, en primer lugar, a través de los instrumentos ordinarios que prevé la Constitución. La gravedad de la crisis climática, y la necesidad de actuar de manera decidida para afrontarla, no puede allanar el camino al estado de excepción,

³¹ Expediente RE-347, MP. Natalia Ángel Cabo.

³² En cuanto al alcance de las comunicaciones de prensa, en sentencia C-055 de 21 de febrero de 2022, la Corte Constitucional ha determinado que «una vez se divulga oficialmente la sentencia, esto es, se publica su texto completo o, en su defecto, el respectivo comunicado de prensa, el conocimiento y cumplimiento del *decisum* de la providencia es exigible a todos los operadores jurídicos». Por tanto, «cuando no se ha modulado el efecto del fallo, esto es, cuando expresamente no se han diferido sus efectos, estos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en ese caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, desde el día siguiente a aquel en el que la Sala Plena toma la decisión, y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde, o el de su notificación –mediante edicto– o ejecutoria».

³³ El comunicado se puede consultar en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2035%20Octubre%202023.pdf>



Referencia: Control inmediato de legalidad

Radicación: 11001-03-15-000-2023-04875-00

Resolución 1374 de 2023 – Ministerio de Salud y Protección Social

que debe seguir siendo el último recurso al cual acudir, cuando no existan mecanismos ordinarios o los existentes sean inidóneos o insuficientes para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

En democracia, el primer órgano llamado a responder de manera efectiva y decidida a la crisis humanitaria de carácter estructural que afronta el departamento de La Guajira, y a su agravamiento como consecuencia de la crisis climática, es el Congreso de la República, pues es el foro natural, por excelencia, para conjurar problemáticas estructurales o su agudización. Y, aunque así debe ser, la Corte constata que el poder legislativo no ha hecho lo suficiente en el curso de los años para corregir los gravísimos problemas de pobreza, exclusión y desigualdad que enfrenta La Guajira. El Congreso de la República tiene la responsabilidad constitucional de ejercer sus competencias para evitar que los habitantes de este departamento, y en especial sus niños y niñas, sigan muriendo de hambre y de sed, registrando los indicadores más bajos del país en materia de acceso al agua potable y saneamiento básico, tasas muy por debajo de las nacionales en la cobertura de servicios de energía eléctrica y educación, el índice de GINI más elevado, así como el índice más alto de pobreza multidimensional.

Asimismo, dado que en esta oportunidad se analizaba una declaratoria de emergencia motivada en el agravamiento de una crisis de carácter estructural, frente a la cual se anunciaban medidas de corto, mediano, y largo plazo, la Corte encontró que era preciso efectuar un escrutinio detallado en relación con la idoneidad de los mecanismos ordinarios. Tras examinar las motivaciones del Decreto Legislativo 1085 de 2023, la Corte concluyó que el Gobierno no sustentó adecuadamente por qué los mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento no eran idóneos ni suficientes para responder a la crisis que originó la declaratoria del estado de emergencia en La Guajira. En concreto, no explicó por qué no hizo uso de la iniciativa legislativa, con mensaje de urgencia, para proponer al Congreso las medidas anunciadas en el Decreto Legislativo 1085 que deben ser adoptadas a través de ley. Tampoco sustentó por qué no resultan idóneas o suficientes las facultades normativas que le confieren los artículos 189, 346, 347 o 56 transitorio de la Constitución, los mecanismos derivados del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, el Fondo Adaptación, o los contemplados en el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Plurianual de Inversiones.

A su vez, en relación con el Decreto Legislativo 1270 de 31 de julio de 2023, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-439 de 2023³⁴, según el comunicado de prensa núm. 42 de 25 y 26 de octubre de 2023³⁵, dispuso lo siguiente:

DECLARAR INEXEQUIBLE, con efectos retroactivos al momento de su expedición, el Decreto Legislativo 1270 de 2023, “[p]or el cual se adoptan medidas en materia de salud en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en el departamento de La Guajira”.

La Corte Constitucional consideró que son inconstitucionales todos los decretos legislativos dictados por el Gobierno nacional con fundamento en el Decreto 1085 de 2023, como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de este último. Sin embargo, teniendo en cuenta que la emergencia fue declarada inexequible con

³⁴ Expediente RE-352, MP. José Lizarazo Ocampo.

³⁵ El comunicado se puede consultar en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2041%20-%20Octubre%2025%20de%202023.pdf>



efectos diferidos respecto de la amenaza de agravamiento de la crisis humanitaria por la menor disponibilidad de agua, verificó, bajo los criterios de estricta necesidad y conexidad, si las medidas adoptadas estaban destinadas exclusivamente a conjurar tal amenaza y a impedir la extensión de sus efectos. Sin embargo, concluyó que el Decreto Legislativo 1270 de 2023 no cumplía ninguno de los requisitos de necesidad o de conexidad sino que, por el contrario, lo que pretendía era reorganizar la estructura y el funcionamiento del sistema de salud en el departamento de La Guajira, razón por la cual declaró su inexequibilidad con efectos retroactivos.

Entre otros argumentos, la Corte señaló que la adopción de medidas legislativas estructurales respecto de un determinado sector y territorio no es un asunto que pueda ser atendido por medio de una legislación de emergencia, sostuvo que:

[L]a adopción de un “modelo de salud propio e intercultural”, diferencial y autónomo para el departamento de La Guajira corresponde a una política permanente que, por tanto, excede la necesidad de dar una respuesta a la emergencia, ya que pretende resolver una problemática estructural, para la cual las medidas de los estados de emergencia no están diseñadas. De otro lado, el modelo financiero propuesto supone una modificación estructural del sistema de salud en el departamento de La Guajira, que debe ser valorado y adoptado en términos de los efectos de esta política estructural y, por tanto, no es posible relacionarlo con un conjunto de medidas para superar la crisis, o que pueda adscribirse a las causas que justificaron el diferimiento de la inexequibilidad del Decreto Legislativo 1085 de 2023. Este tipo de asuntos debe ser objeto de debate y adopción por parte del Congreso de la República, aun cuando puedan tener un ámbito territorial delimitado como, en este caso, el departamento de La Guajira.

Finalmente, en relación con los efectos retroactivos de la decisión contenida en la Sentencia C-439 de 2023, la Sala Plena de la Corte Constitucional precisó que «los contratos que se hubiesen adjudicado o celebrado –con independencia del régimen contractual aplicable– hasta el día 26 de octubre de 2023, [...] deberán cumplirse en los términos pactados, para garantizar la seguridad jurídica y la buena fe de los contratistas, al igual que la protección del patrimonio público, sin que esta decisión implique un pronunciamiento sobre su legalidad».

De acuerdo con lo anterior, la Sala no puede desconocer la modulación de los efectos de la declaración de inexequibilidad del Decreto Legislativo 1270 de 2023, de manera retroactiva, pues ello implica que las medidas en materia de salud que dieron lugar a la expedición del acto objeto de control desaparecieron del ordenamiento jurídico desde el momento de su expedición, circunstancia que, consecuentemente, afecta el atributo de validez del acto administrativo.

En este orden de ideas, vale precisar que la Sala no se encuentra ante el decaimiento del acto administrativo [Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023], como lo propone el Ministerio Público, fenómeno que tendría lugar si no se hubieran modulado, con carácter retroactivo, los efectos de la declaración de



inexequibilidad del Decreto Legislativo 1270 de 2023 y que no afectaría la validez del acto objeto de control, sino su fuerza ejecutoria. Por el contrario, en este caso las consecuencias derivadas de la declaración de inexequibilidad configuran la denominada nulidad por consecuencia respecto de la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023.

En efecto, recientemente, las Salas Séptima y Diecisiete Especiales de Decisión de esta corporación, en sentencias de 7 y 27 de noviembre de 2023, en sede del medio de control inmediato de legalidad declararon la nulidad por consecuencia de los actos administrativos, dictados con ocasión del estado de emergencia declarado en el departamento de La Guajira y que también encontraban su fundamento en el Decreto Legislativo 1270 de 2023, a partir de los efectos retroactivos de inexequibilidad declarados por la Corte Constitucional en la sentencia C-439 de 2023. En ese orden, las mencionadas decisiones explicaron la postura jurisprudencial de esta Corporación y la Corte Constitucional en cuanto a la mencionada figura de la siguiente manera:

- 1) El Consejo de Estado ha indicado que la nulidad por consecuencia de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias se configura cuando la Corte Constitucional declara la inexequibilidad con efectos retroactivos de las normas sobre las cuales se fundamentan. Ello, debido a la unidad jurídica que existe entre los actos administrativos y las normas que desarrollan. Al respecto, se ha indicado:^[36]

“Los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias conservan unidad jurídica con la norma que autorizó las mismas, así como con los decretos a través de los cuales éstas se desarrollan; por ello, declarada la inexequibilidad de la norma habilitante y el decreto ley respectivo con efectos ex tunc, los decretos reglamentarios y actos administrativos derivados de ello deben seguir la misma suerte, independientemente de que las reglas que consagren en su fuero interno sean o no constitucionales en sí mismas (...) que opera de pleno derecho sin que requiera declaración judicial- sino además, en sede jurisdiccional, el decreto de su nulidad por consecuencia, como quiera que al preceder un pronunciamiento proferido por la Corte Constitucional acerca de la inexequibilidad de las normas que le sirven de sustento, no se exige al respecto un control integral de legalidad sino limitado a la revisión formal de la cadena de validez de los actos afectados por la inconstitucionalidad de la norma base.

Por tanto, se concluye que en general el acaecimiento de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos por razón de la inexequibilidad con efectos ex tunc de las normas que, dictadas en uso de facultades extraordinarias les conferían sustento normativo, ocasiona la nulidad por consecuencia de los mismos, con los efectos propios otorgados a la decisión de inexequibilidad”.^[37]

- 2) [L]a Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, al analizar las consecuencias de la modulación de los efectos de la declaración de inexequibilidad de la ley en el ámbito de la responsabilidad del Estado por la

³⁶ «1 Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión 14 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 7 de junio de 2016. Radicación No. 11001-03-15-000-2004-01662-00».

³⁷ Consejo de Estado, Sala Séptima Especial de Decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de 7 de noviembre de 2023, radicación 11001-03-15-000-2023-04876-00 – control inmediato de legalidad de la Resolución 1375 del 4 de septiembre de 2023, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social–, MP. Martín Bermúdez Muñoz.



actividad legislativa, consideró que, *“si los efectos de esta última son retroactivos, esto es, si se entiende que la ley desapareció del ordenamiento desde su expedición, las consecuencias patrimoniales que haya podido causar serían antijurídicas, por haber perdido su fundamento legal; al contrario, si los efectos son hacia futuro, es decir, si la ley sólo fue retirada a partir de la sentencia que declaró su inconstitucionalidad, se asume que conservó su validez entre el momento de su expedición y aquel, de manera que los efectos producidos durante ese período conservan plena eficacia y, en consecuencia, no pueden ser considerados como antijurídicos”*.

A su turno, la Corte Constitucional ha considerado que la declaración de inconstitucionalidad de *“los decretos legislativos dictados en desarrollo del decreto ‘madre’ o decreto base que instauro la emergencia económica, social y ecológica (...), siguen la suerte de este último”*, por consiguiente, los segundos también resultan inconstitucionales. Para sustentar lo anterior, consideró que la figura denominada *“inconstitucionalidad por consecuencia”* encuentra fundamento, en primer lugar, *“en el principio jurídico según el cual lo subsidiario sigue la suerte de lo principal”* y, en segundo lugar, en *“la ausencia de competencia para legislar, en razón a que con la declaratoria de inexecutable del Decreto que declaraba la emergencia, el Presidente de la República pierde toda competencia legislativa para dictar normas con fuerza de ley en desarrollo del estado de excepción”*. En dicho escenario, la Corte Constitucional ha manifestado^[38]:

«De un lado, los efectos ex nunc –desde entonces- de la declaratoria de inexecutable encuentra razón de ser ante la necesidad de proteger principios como la seguridad jurídica o la buena fe, pues hasta ese momento la norma gozaba de presunción de constitucionalidad y por ello sería legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de aquella. Pero de otro lado, los efectos retroactivos de la sentencia de inexecutable encuentran un sólido respaldo en el principio de supremacía constitucional y la realización de otros valores o principios contenidos en ella no menos importantes. Bajo esta óptica se afirma que cuando se trate de un vicio que afecte la validez de la norma, sus efectos deben ser ex tunc –desde siempre- cual si se tratara de una nulidad, para deshacer las consecuencias nocivas derivadas de la aplicación de normas espurias siempre y cuando las condiciones fácticas y jurídicas así lo permitan.»

Así entonces, resulta imperioso diferenciar dos eventos: (i) la inexecutable de la ley que, por regla general, opera hacia el futuro, por tanto, habilita el análisis de legalidad del acto administrativo fundado en aquella, por el periodo en que produjo efectos jurídicos, en el entendido de que el decaimiento causado por la desaparición de sus fundamentos de hecho y de derecho no afecta la validez de la decisión administrativa durante el tiempo que tuvo vigencia; (ii) la inexecutable con efectos retroactivos, que afecta la validez del acto administrativo que se fundó en dicha legislación al menoscabar la presunción de legalidad que lo reviste por no encontrarse conforme con el ordenamiento jurídico desde el momento de su expedición.^[39]

³⁸ «²⁰ Corte Constitucional, sentencia C- 253 de 6 de abril de 2011. En sentido similar ver: sentencias C- 444 de 25 de mayo de 2011 y C- 155 de 5 de mayo de 2022. “A la luz de lo expuesto, puede concluirse que los efectos temporales otorgados a las decisiones de inconstitucionalidad realizan importantes principios. Y que si bien, por regla general, los efectos se confieren a futuro o ex nunc, también pueden definirse de manera distinta, cuando así lo determine esta Corporación. En punto a los efectos temporales ex tunc, es importante resaltar que generalmente se confieren con fundamento en la prevalencia del principio de supremacía constitucional y en la realización efectiva de otros principios y valores superiores.”».

³⁹ Consejo de Estado, Sala Diecisiete Especial de Decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de 27 de noviembre de 2023, radicación 11001-03-15-000-2023-04871-00 – control inmediato de legalidad de la Resolución 1372 del 4 de septiembre de 2023, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social–, MP. Jaime Enrique Rodríguez Navas.



La situación jurídica que se presenta en este caso no es distinta a la de los antecedentes mencionados, de modo que huelga concluir que la validez de la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023 también resultó afectada desde su nacimiento, atendiendo el efecto retroactivo de la declaratoria de inexecutable del Decreto Legislativo 1270 de 2023, en el cual se fundamentó y que, por lo mismo, esta Sala debe aplicar igual consecuencia a la de los casos análogos, esto es, la declaratoria de nulidad por consecuencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO. DECLARAR la nulidad de la Resolución 1374 de 4 de septiembre de 2023, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica del departamento de La Guajira, con fundamento en las medidas en materia de salud previstas en el Decreto Legislativo 1270 de 31 de julio de 2023, declarado inexecutable con efectos retroactivos desde el momento de su expedición.

SEGUNDO. En firme esta decisión archívese el expediente, previas las anotaciones en el Sistema de Información SAMAI.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

MILTON CHAVES GARCÍA
Magistrado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrado
Con aclaración de voto

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Magistrado

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado [E]

Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en el siguiente enlace:

<https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/Casos/procesos.aspx>