

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., nueve (9) de octubre de dos mil ocho (2008)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2008-00041-00(1905)

Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: Liquidación de entidades administradoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Destinación de los remanentes.

El señor Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt, solicitó a la Sala “precisar cuál es el carácter de los recursos que exceden las obligaciones presentes y razonablemente las futuras y, en consecuencia, la debida destinación que a ellos debe darse”, al concluir la liquidación de la administradora del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la sociedad Cajanal S.A. EPS.

El señor Ministro explicó que en el proceso de liquidación de la sociedad Cajanal S.A. EPS., se presentaron excedentes producto de los aportes patronales realizados por la Nación en nombre de las entidades territoriales beneficiarias de los recursos del Situado Fiscal, hoy Sistema General de Participaciones, cuya destinación ha generado algunas inquietudes pues “pareciera presentarse un conflicto entre normas de igual jerarquía, como son las que regulan los procesos de liquidación, de una parte, aquellas que regulan el Sistema de Seguridad Social en Salud y por último las destinadas a definir el Sistema General de Participaciones...”.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar, refiriéndose a la consulta elevada por el señor Ministro de la Protección Social, complementó la información relacionada con el proceso liquidatorio de la EPS Cajanal S.A., concretamente respecto de la forma como se identificaron y cuantificaron las sumas pagadas por concepto de aportes patronales, calificadas como remanentes de la liquidación, señalando las posibles destinaciones según el tratamiento que corresponda darles.

La situación que narran los señores Ministros puede resumirse de la siguiente manera:

Las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, para cumplir con la obligación del pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral, los financiaban con los recursos del Situado Fiscal y, a partir de la ley 715 de 2001, con los del Sistema General de Participaciones.

En particular, la ley 715 de 2001, artículo 58, ordenó que *los aportes patronales de los empleados del sector salud de las entidades territoriales, sean girados directamente por la Nación a las administradoras de pensiones y cesantías, riesgos profesionales y entidades promotoras de salud, a las que estén afiliados los trabajadores; también previó que los excedentes registrados en los años anteriores a la vigencia de la misma ley 715 se destinaran a pagar los aportes patronales para cesantías, pensiones, riesgos profesionales y salud, causados a*

partir de 1994; y si quedaban excedentes, la entidad territorial podía solicitarlos y adicionarlos a su presupuesto para financiar la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

Los giros directos ordenados por la ley son hechos por la Nación con base en las sumas presupuestadas anualmente por las entidades territoriales; de manera que en el transcurso de la vigencia fiscal pueden ocurrir muchas situaciones como vacantes no provistas o que se causan, cambios de administradora por parte de los trabajadores, etc.; por ello, la ley 715 ordenó el saneamiento de los aportes entre los años 1994 y 2000, anteriores a su vigencia; y a partir de ésta, dispuso que al final de cada vigencia fiscal se hace un cruce entre lo enviado y lo efectivamente causado; en ambos casos, los recursos sobrantes pueden ser pedidos, apropiados y ejecutados por la respectiva entidad territorial con la finalidad establecida en la ley.

En el caso de la sociedad Cajanal S.A. EPS, fue su proceso liquidatorio el que permitió identificar los aportes de la Nación y las entidades a cuyo nombre eran hechos, así:

“... según ha expresado la liquidadora, en la contabilidad de la Caja Nacional de Previsión aunque se encontraban identificadas las entidades por las cuales se habían efectuado aportes a Cajanal, no se encontraba individualizado el valor real correspondiente a los aportes del efectivamente aportado por cuenta de cada una de ellas, de tal manera que se pudiera establecer el excedente correspondiente si lo hubiera. Sin embargo, en lo que se refiere al período 2001 – 2004 la liquidación de la Caja comparó el valor compensado respecto del hospital respectivo en el mismo período, lo que le permitió determinar el pago en exceso.

“Por lo que se refiere al período 1994 – 2000, como quiera que no hay información detallada, la liquidadora tomó la diferencia existente en el período 2001 – 2004, calculó una media y la aplicó para determinar el pago en exceso para la vigencia 1994 – 2000.

“De esta manera la liquidación de la Caja estimó el valor que podría corresponder a las entidades territoriales y sus descentralizadas para que pudieran hacerse parte en el proceso de liquidación de Cajanal, sin embargo igualmente expresó que no lo hicieron, por ello la liquidadora al terminar la liquidación consideró que se trataba de un remanente de la liquidación y para su administración constituyó una fiducia.”¹

Respecto de dichos recursos, las entidades nacionales con responsabilidad en el tema se han planteado tres posiciones en relación al destino que debería dárseles, por haber concluido la liquidación de la sociedad:

- a) Como su origen fue el Sistema General de Participaciones en Salud, deben volver a éste para cumplir con los fines del mismo;
- b) Como se buscaba contribuir al Sistema de Seguridad Social en Salud, deben ser entregados a éste, pues se trata de una contribución parafiscal;

¹ Transcrito del oficio enviado por el Sr. Ministro de Hacienda y Crédito Público (página 2 de 4). En el mismo sentido, la consulta suscrita por el Sr. Ministro de la Protección Social, puntualizó sobre “el infructuoso llamado a las entidades empleadores comentadas, que no se presentaron a la liquidación...”. (página 12).

- c) Como son unos remanentes de la liquidación de una entidad pública, deben aplicarse las normas sobre remanentes, y entregarlos a quien en ellas se disponga.

De una parte se aduce que los recursos en cuestión serían parafiscales por haber ingresado al Sistema de Seguridad Social en Salud, o serían de las entidades territoriales por provenir del Sistema General de Participaciones; en uno u otro caso, la normatividad establece una expresa destinación; la dificultad radica en establecer si esa especial destinación podría ser modificada como consecuencia de la aplicación del régimen legal de la liquidación de las entidades públicas.

De otra parte, la posibilidad de ser entregados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se sustenta en que no hay duda en cuanto a que las cotizaciones que a él se hacen no son de las entidades promotoras de salud sino del Sistema mismo, administrado por el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga; pero surge la duda por cuanto el decreto ley 254 de 2000 y la ley 1105 de 2006, que regulan el proceso de liquidación, no tratan de manera diferente los remanentes de la liquidación porque hayan integrado la masa de la liquidación o han sido bienes excluidos de ésta.

En cuanto a que por tratarse de recursos que pertenecieron al Sistema General de Participaciones- aportes patronales, corresponderían a las entidades territoriales para prestar el servicio de salud a la población pobre, el problema surge de no haber sido posible “determinar con algún grado de certidumbre” la titularidad individual y además, por la no concurrencia de las entidades territoriales al proceso de liquidación, como ya se explicó.

Con base en lo anterior y después de exponer los diferentes argumentos jurídicos, se formularon las siguientes preguntas:

“1. ¿Debe entenderse que los recursos superavitarios originados en el Sistema General de Participaciones – Aportes Patronales que simultáneamente son aportes parafiscales del Sistema de Seguridad Social en Salud, han perdido su carácter constituyéndose en un simple remanente que debe ser entregado a la Nación?”

“2. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea negativa ¿estos recursos deben ser considerados recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia entregarse al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, con igual destino que todos los aportes recaudados por las administradoras del citado Sistema?”

“3. Si la respuesta anterior fuese negativa, ¿los citados dineros deben destinarse, como lo señaló la Ley 715 de 2001, en primera instancia al saneamiento de los aportes patronales y si aún resultaren excedentes, a las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud a la población no cubierta por subsidios a la demanda?”

“4. En el caso de que la respuesta anterior fuese positiva ¿debe el Ministerio de la Protección Social asumir esta labor, para garantizar la correcta destinación de estos recursos?”

Para responder la Sala CONSIDERA:

La liquidación de la sociedad Cajanal S.A. EPS, arrojó unos remanentes que se identificaron como recursos provenientes del Sistema General de Participaciones, que a título de aportes patronales pagó la Nación en nombre de las entidades del nivel territorial, al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Determinar su destinación, por haber concluido el proceso liquidatorio, es el problema jurídico planteado.

1. Los recursos objeto de la consulta

La distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, respecto de algunos de los servicios públicos, entre ellos el de salud, que es el que interesa a la consulta, llevó consigo la asignación de recursos del situado fiscal, en los términos de la ley 60 de 1993², y posteriormente, del Sistema General de Participaciones, desarrollado por la ley 715 de 2001³, en el sentido de que la Nación se obligó a transferir a las entidades territoriales las sumas estimadas para la adecuada prestación del servicio, de conformidad con la Constitución, las leyes en cita y sus reglamentos.

Corresponde a las entidades territoriales la preparación del presupuesto anual, en el cual se soportan las apropiaciones y giros requeridos para la prestación del servicio de salud, incluyendo las sumas correspondientes al pago de la nómina y sus gastos asociados, entre ellos, por supuesto, los aportes al sistema general de seguridad social, en salud, pensiones y riesgos profesionales, de conformidad con las regulaciones de la ley 100 de 1993.

Como se trata de financiar la prestación de un servicio a cargo de la entidad territorial, la transferencia de los recursos de la Nación significa que ellos ingresan al presupuesto de aquélla, a la cual corresponde su ejecución, en las condiciones y con los requisitos establecidos en la ley.

Por ello fue necesario el mandato legal contenido en el artículo 58 de la ley 715 de 2001, en el sentido de que el pago de los aportes patronales de los empleados del sector salud de las entidades territoriales y sus descentralizadas y el giro directo a las entidades administradoras de cesantías, pensiones, salud y riesgos profesionales, a las cuales estén afiliados esos trabajadores, son obligaciones que debe cumplir la Nación, pero en nombre de las entidades territoriales, para cuyo efecto éstas deben presupuestarlos y contabilizarlos, pero sin que les sean situados los fondos.⁴

² Ley 60 de 1993 (Agosto 12), "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 1510 y 2881 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 3562 y 3573 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial No. 40.987, de 12 de agosto de 1993.

³ Ley 715 de 2001 (diciembre 21), "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 014 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros." Diario Oficial No 44.654, de 21 de diciembre de 2001

⁴ Ley 715/01, Art. 58: "De los aportes patronales. Las sumas correspondientes a los recursos que las entidades territoriales y sus entes descentralizados, deben destinar como aportes patronales de los empleados del sector salud, que se venían financiando con los recursos del situado fiscal, deberán ser pagadas con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones de salud y deben ser giradas directamente por la Nación a los Fondos de Pensiones y Cesantías, Administradoras de Riesgos Profesionales y a las Entidades Promotoras de Salud a las cuales se encuentren afiliados los trabajadores. / Los recursos a los que se refiere el presente artículo se presupuestarán y contabilizarán sin situación de fondos, por parte de las entidades territoriales y sus entes descentralizados."

La interpretación de que tales recursos son de las entidades territoriales, tanto en el régimen del situado fiscal como en el del Sistema General de Participaciones, se reafirma con la disposición contenida en el parágrafo del artículo 58 de la ley 715 de 2001, cuando prevé la posibilidad de pagos en exceso, por concepto de los aportes patronales, y regula la destinación de las sumas excedentes, ordenando a “la entidad beneficiaria del Sistema General de Participaciones”, esto es, a la entidad territorial, el saneamiento de las obligaciones por el mismo concepto, causadas y no cubiertas entre 1994 y la vigencia de la ley 715 de 2001, cumplido el cual puede también solicitar los recursos sobrantes para adicionarlos a su presupuesto y financiar la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.⁵

Se trata, en síntesis, de que los recursos girados por la Nación a las entidades territoriales para financiar la prestación de los servicios que la ley ha dejado a su cargo, son de las entidades territoriales, sin perjuicio de las modalidades de ejecución que para algunos casos regula la ley en cabeza de la misma Nación.

Ahora bien, ¿qué ocurre una vez se efectúa el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud?

Cuando en desarrollo del artículo 48 constitucional⁶, la ley 100 de 1993⁷ creó el “sistema de seguridad social integral” conformado por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y unos servicios complementarios, estructuró un régimen de aportes y subsidios para su financiación y unas entidades encargadas de recaudar y administrar tales aportes.

Entre estas últimas están las “entidades promotoras de salud” o EPS, que tienen dentro de sus funciones la de “ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema”, porque “las cotizaciones que recauden... pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud.”⁸

Así mismo, como regla que aplica a todo el Sistema de Seguridad Social, la ley 100 de 1993 deja sentado que “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”⁹, reiterando los términos del inciso 5º del artículo 48 de la Constitución.¹⁰

Las cotizaciones corresponden a los aportes económicos de los afiliados al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, financiados directamente por el afiliado o por éste y su empleador; y su monto está regulado

⁵ Ley 715/01, Art. 58. “De los aportes patronales... Parágrafo. Cuando una entidad beneficiaria del Sistema General de Participaciones, haya registrado en los años anteriores a la vigencia de la presente ley, excedentes por el pago de aportes patronales deberá destinarlos así: / a) A sanear el pago de los aportes patronales para cesantías, pensiones, salud y riesgos profesionales causados a partir de 1994, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Salud; / b) Una vez efectuado el saneamiento de los aportes patronales, los saldos existentes podrán ser solicitados por la entidad territorial y adicionados a su presupuesto, de acuerdo con el reglamento que expida el Ministerio de Salud.”

⁶ Const. Pol., Art. 48: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley...”

⁷ Ley 100 de 1993 (Diciembre 23), “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, D. O. No. 41.148 Dic. 23/93.

⁸ Ley 100/93, Arts. 177, 178 y 182.

⁹ Ley 100/93, Art. 9o. “Destinación de los recursos. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.”

¹⁰ C. P., Art. 48: “... / No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.”

por la ley, tanto en su totalidad como en la proporción en la que concurren el trabajador y el empleador.¹¹ De aquí se desprende que las sumas pagadas en exceso del monto legalmente establecido, no pueden considerarse pertenecientes al Sistema de Seguridad Social por el solo hecho de haber sido recaudadas.

Según lo manifestado por los señores Ministros consultantes, lo que en la realidad jurídica se configuró fue un “pago de lo no debido”, el cual da a quien lo hace, el derecho “para repetir lo pagado”, siempre que pruebe que no debía y que no se trataba de una obligación natural.¹²

En el caso consultado, la Nación giró a la sociedad Cajanal S.A. EPS, unas sumas de dinero que tiempo después vino a comprobarse que excedieron el monto de los aportes patronales que correspondían a las entidades territoriales en cuyo nombre los pagaba la Nación; habiéndose probado dentro del proceso liquidatorio de la EPS recaudadora que con ellas no se estaba pagando aporte alguno que se debiera, la consecuencia jurídica sería su devolución a las respectivas entidades territoriales para los fines establecidos en el régimen del Sistema General de Participaciones.

Sin embargo, tal devolución requeriría de la certeza en la identificación de la entidad del nivel territorial con el derecho a repetir por el pago y el monto de éste; en los términos de la consulta, tal certeza no se tiene.

Como es en razón del proceso de liquidación de Cajanal S.A., que llega a conocerse la existencia de esos recursos y de sus titulares, aún cuando no puedan individualizarse, el régimen de liquidación de las entidades públicas, que aplicó para Cajanal S.A. EPS, exigía la concurrencia de las entidades territoriales, al proceso liquidatorio, en condición de acreedoras, conforme pasa a explicarse.

2. La situación de los recursos en el proceso de liquidación de Cajanal S.A. EPS

Mediante el decreto ley 1777 de 2003, se escindió la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, y se creó la sociedad CAJANAL S. A. EPS, como una sociedad por acciones del orden nacional con el objeto de “promover, garantizar y prestar, directa o indirectamente los servicios de salud a sus afiliados” y asignándole las funciones que la ley 100 de 1993 determinó para las entidades promotoras de salud.¹³

En ejercicio de la facultad constitucional de supresión de entidades u organismos nacionales y en el marco de la ley 489 de 1998¹⁴, el Gobierno Nacional expidió el decreto 4409 de 2004 para ordenar la disolución y liquidación de la sociedad CAJANAL S. A. EPS, disponiendo que el proceso liquidatorio se sujetaría al decreto ley 254 de 2000 y a las normas especiales contenidas en el mismo

¹¹ Ley 100/93, Arts. 202 y 204.

¹² Código civil, Arts. 2303 y 2313 a 2321.

¹³ Decreto ley 1777 de 2003 (26 de junio), “Por el cual se escinde la Caja Nacional de Previsión Social y se crea la Cajanal S. A. EPS”. [Dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 790 de 2002.] Art. 3°. “Objeto y duración. La Sociedad Cajanal S. A. EPS tendrá como objeto promover, organizar, garantizar y prestar, directa o indirectamente, los servicios de salud a sus afiliados y usuarios, para lo cual podrá desarrollar las funciones consagradas en el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que la reglamenten, modifiquen o adicionen. / El término de duración de la Sociedad será indefinido.”

¹⁴ Constitución Política, Art. 189, numeral 15, y ley 489 de 1998, Art. 52.

decreto 4409.¹⁵ Dados los plazos establecidos para el proceso liquidatorio, parte de éste también se adelantó con aplicación de la ley 1105 de 2006.

El decreto ley 254 de 2000¹⁶ adoptó el “régimen para la liquidación de las entidades públicas nacionales”, salvo aquellas que tengan un régimen especial de liquidación, remitiendo en lo no previsto a “las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Código de Comercio sobre liquidación...”¹⁷; el decreto en cita fue modificado parcialmente por la ley 1105 de 2006.

Dicho régimen liquidatorio, cuando se ocupa de la integración del activo y el pasivo de la liquidación, trata de manera separada los llamados “bienes excluidos de la masa de la liquidación”, entre los cuales están los “recursos de seguridad social”, ordenando su entrega “a la entidad que determine el Gobierno Nacional.”¹⁸

Así mismo, dentro del procedimiento se prevé la concurrencia de los acreedores de la entidad en liquidación y las reglas que debe observar el liquidador para el pago de las obligaciones oportunamente reclamadas y aceptadas; al vencimiento del último período para el pago de esos créditos, debe constituirse por el término de tres meses, una provisión para pagar a los titulares que no se hubieren presentado a recibir; y vencido dicho término, “los remanentes se destinarán al pago del pasivo cierto no reclamado o a la constitución de la provisión para atender procesos en curso, según el caso.”

El “pasivo cierto no reclamado” se determina “con base en las acreencias, tanto a cargo de la masa de la liquidación como de las excluidas de ella, que no fueron reclamadas pero aparezcan debidamente justificadas en los libros y comprobantes de la entidad en liquidación, así como las presentadas extemporáneamente que estén debidamente comprobadas”. Con el producto de la venta de los bienes y el dinero, excluidos de la masa de la liquidación, “cuyos titulares no se hubieren presentado a recibir”, debe constituirse la provisión para el pago del pasivo cierto no reclamado.¹⁹

En el decreto ley 254 de 2000, cuando se concluyan la liquidación y el pago de todas las obligaciones, si existen “activos remanentes... serán entregados al FOPEP o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, según corresponda, en la

¹⁵ Decreto 4409 de 2004 (diciembre 30) “Por el cual se dispone la disolución y liquidación de la Sociedad Cajanal S.A. EPS”. Art. 2º. “Régimen de liquidación. Por tratarse de una sociedad pública por acciones, del orden nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de la Protección Social, la liquidación de la Sociedad Cajanal S. A., EPS, se someterá a las disposiciones del Decreto-ley 254 de 2000 y a las especiales del presente acto, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998. En lo no previsto en dichas disposiciones se aplicarán, en lo pertinente, los preceptos del Código de Comercio sobre liquidación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad.”

¹⁶ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 573 de 2000, porque se consideró necesario “establecer un procedimiento general aplicable a los proceso de liquidación de las entidades estatales, inexistente al momento presente, cuyo rango normativo de carácter legal le dé la certeza y precisión requeridas para el efecto...”. Gaceta del Congreso 345, Cámara de Representantes 5 de octubre de 1999, Exposición de Motivos.

¹⁷ D. L. 254/00, Art. 1o. “El presente decreto se aplica a las entidades públicas del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución. / En lo no previsto en el presente decreto deberán aplicarse en lo pertinente, las disposiciones del Estatuto orgánico del Sistema Financiero y del Código de Comercio sobre liquidación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de al entidad. / Par. Aquellas entidades del Estado que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales, incluyendo las sociedades, continuarán rigiéndose por ellas.”

¹⁸ Cfr. Arts. 21 del D. L. 254/00 y 11 de la L.1105/06.

¹⁹ Cfr. Art. 34 del D. L. 254/00

forma y oportunidad que señale el Gobierno Nacional en el decreto que ordene la liquidación.”²⁰

En la ley 1105 de 2006, se adicionó la facultad para el liquidador, de celebrar contratos de fiducia mercantil, al terminar el plazo de la liquidación, con el objeto de que pueda concluirse la enajenación de los activos y el pago de los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación; e igualmente se previó que “si pagadas las obligaciones a cargo de la entidad en liquidación quedaren activos o dinero en poder de la entidad fiduciaria contratada, ésta los entregará al Fopep o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, según corresponda, en la forma y oportunidad que señale el Gobierno Nacional en el decreto que ordene la liquidación o en uno que lo complemente.”²¹

Por su parte, el decreto 4409 de 2004, al ordenar la disolución y consiguiente liquidación de Cajanal S.A. EPS, dispuso, en el artículo 17, que estarían excluidos de la masa de liquidación los recursos correspondientes a las cotizaciones obligatorias de los afiliados que al entrar en vigencia el mismo decreto, no se hubieran compensado, debiéndose cumplir los trámites necesarios para obtener el paz y salvo del Fosyga; y también, los dineros correspondientes a las licencias de maternidad e incapacidades de enfermedad general, hasta cuando se pagaran esas prestaciones; agregó la norma que con esos recursos se debería garantizar el pago de los tratamientos, incapacidades y licencias exigibles durante el proceso de liquidación, y que, “en caso de existir un remanente, dicho valor se debe incorporar a la masa de liquidación para atender las obligaciones de la entidad en liquidación siguiendo las reglas previstas por la ley.”

Más adelante, en su artículo 20, el decreto 4409 en cita, ordenó que los activos remanentes que quedaran al término de la liquidación se entregaran “a quien corresponda, de conformidad con lo previsto en el artículo 35 del Decreto-ley 254 de 2000 o al Ministerio de la Protección Social.”

Es decir que, el decreto 4409 de 2004, en armonía con el régimen legal de liquidación de las entidades públicas, previó que las cotizaciones recaudadas por Cajanal S.A. EPS, como recursos de la seguridad social, debían excluirse de la masa de la liquidación; estableció también su manejo; y determinó el tratamiento del remanente de la liquidación que llegare a quedar.

Conforme se explicó en el punto anterior, en el proceso de liquidación de Cajanal S.A. EPS, se identificaron, de manera global, los aportes patronales girados por la Nación en nombre de las entidades territoriales, esto es, las cotizaciones hechas al Sistema de Salud; e igualmente se estableció la existencia de pagos en exceso o excedentes por concepto de dichos aportes, y, según lo informa la consulta, dentro del proceso se adelantaron los trámites tendientes a lograr la concurrencia de las entidades territoriales, reconocidas como titulares de esos excedentes y, por ende, como acreedoras de la liquidación. Ocurrieron por tanto dos situaciones:

La primera, correspondiente a la identificación de las sumas pagadas por la Nación a título de aportes, con el efecto de tratarlas como bienes de seguridad social, y por tanto, excluirlas de la masa de la liquidación; luego, siguiendo las reglas del proceso, esos recursos pasaron a integrar el pasivo cierto no reclamado.

²⁰ Cfr. Arts. 33, 34 y 35 del D. L. 254/00.

²¹ Cfr. Art. 19 de la ley 1105/06.

La segunda, que surge cuando se determina que se trata de sumas pagadas en exceso del monto de los aportes de ley, es decir, que eran recursos que seguían perteneciendo a las entidades territoriales, y que desde el punto de vista jurídico, nunca entraron al Sistema de Salud; como esas sumas tampoco fueron activos de la EPS, debieron seguir formando parte de los bienes excluidos de la masa de la liquidación, y al final, siguieron integrando el pasivo cierto no reclamado.

Así las cosas, la aplicación del régimen de liquidación ordenado en el decreto 4409 de 2004, que correspondió a las disposiciones especiales de éste y a las generales del decreto ley 254 de 2000 con las modificaciones que le introdujera la ley 1105 del 2006, concluido el proceso de liquidación sin que las entidades territoriales hubieran concurrido a éste en la calidad de acreedoras que tuvieron y les fue reconocida, esos recursos son, sin duda, remanentes de la liquidación.

El efecto jurídico es la competencia que adquiere el Gobierno Nacional para que, mediante la expedición de un decreto complementario, determine si esos remanentes serán para el FOPEP o para el Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, puesto que el decreto 4409 de 2004, remitió al artículo 35 del decreto ley 254 de 2000 y éste último fue modificado por el artículo 19 de la ley 1105 de 2006.

Es necesario precisar que si bien el artículo 20 del decreto 4409 de 2004 prevé la destinación de remanentes al Ministerio de la Protección Social, esta disposición debe armonizarse con la totalidad del texto del artículo 35 del decreto ley 254 de 2000, que estaba vigente para el año 2004. Decía la norma:

Decreto ley 254 de 2000, Artículo 35:

“Traspaso de bienes, derechos y obligaciones. Cuando quiera que al finalizar la liquidación y pagadas las obligaciones a cargo de la entidad en liquidación, existan activos remanentes los mismos serán entregados al FOPEP o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales según corresponda, en la forma y oportunidad que señale el Gobierno Nacional en el decreto que ordene la liquidación.

Los bienes que no hayan podido ser enajenados, así como los derechos y obligaciones de la entidad liquidada se traspasarán al Ministerio, Departamento Administrativo o Entidad Descentralizada que determine la ley o el acto administrativo expedido por el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que cuando se enajenen dichos bienes su producto se entregue al FOPEP o al Fondo de Reserva de Bonos Pensionales, según lo determine el Gobierno.

(...)”

Obsérvese que la norma regula de manera separada los activos remanentes de la liquidación, que son los que quedan cuando ya el pasivo ha sido totalmente cubierto o provisionado, de los bienes que no se hayan podido vender y de otros derechos y obligaciones de la entidad en liquidación; para los primeros, da al Gobierno Nacional, la opción entre el FOPEP y el Fondo de Reservas de Bonos Pensionales; para los segundos, lo faculta para seleccionar uno de los varios ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas, previendo en todo caso que el producto que el seleccionado obtenga de esos bienes y derechos que recibe, irá también al FOPEP o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales.

Cuando en el artículo 19 la ley 1105 de 2006 modifica el artículo 35 que acaba de comentarse, lo que hace es permitir la constitución de un encargo fiduciario que concluya la venta de activos y el pago de pasivos de la liquidación para que ésta efectivamente concluya; pero conserva las mismas destinaciones que regulaba la norma modificada.²²

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

“1. ¿Debe entenderse que los recursos superavitarios originados en el Sistema General de Participaciones – Aportes Patronales que simultáneamente son aportes parafiscales del Sistema de Seguridad Social en Salud, han perdido su carácter constituyéndose en un simple remanente que debe ser entregado a la Nación?”

“2. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea negativa ¿estos recursos deben ser considerados recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia entregarse al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, con igual destino que todos los aportes recaudados por las administradoras del citado Sistema?”

Los recursos que por exceder el monto de los aportes patronales que la Nación debía pagar en nombre de las entidades territoriales y sus descentralizadas al sistema de seguridad social en salud, nunca fueron recursos de ese Sistema. En consecuencia, dentro del proceso de liquidación de CAJANAL S.A. EPS son remanentes que el Gobierno Nacional, por un decreto complementario, puede destinar al FOPEP o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, de acuerdo con lo autorizado por el decreto ley 254 de 2000 y la ley 1105 de 2006, en armonía con el artículo 20 del decreto 4409 de 2004.

“3. Si la respuesta anterior fuese negativa, ¿los citados dineros deben destinarse, como lo señaló la Ley 715 de 2001, en primera instancia al saneamiento de los aportes patronales y si aún resultaren excedentes, a las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud a la población no cubierta por subsidios a la demanda?”

²² Ley 1105/06, Art. 19: “El artículo 35 del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así: / Artículo 35. A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo. / La entidad fiduciaria destinará el producto de los activos que les transfiera el liquidador a pagar los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación, en la forma que hubiere determinado el liquidador en el contrato respectivo, de conformidad con las reglas de prelación de créditos previstas en la ley. / Si pagadas las obligaciones a cargo de la entidad en liquidación quedaren activos o dinero en poder de la entidad fiduciaria contratada, esta los entregará al Fopep o al Fondo de Reservas de Bonos Pensionales, según corresponda, en la forma y oportunidad que señale el Gobierno Nacional en el decreto que ordene la liquidación o en uno que lo complemente. / Pagados los pasivos o cuando los bienes entregados en fiducia sean suficientes para atenderlos, los demás activos que no hayan sido objeto de fiducia, se traspasarán al Ministerio, Departamento Administrativo o entidad descentralizada que determine la ley o el acto administrativo expedido por el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que cuando se enajenen bienes, su producto se entregue al Fopep o al Fondo de Reserva de Bonos Pensionales, según lo determine el Gobierno Nacional. / Cumplido el plazo de la liquidación en el acta final de liquidación por la cual se pone fin a la existencia legal de la entidad y, cuando sea del caso, se indicarán los activos que se transfieren o que se encuentran en un patrimonio autónomo de conformidad con el presente artículo, así como los pasivos que se pagarán con cargo a dicho patrimonio autónomo, y las obligaciones que asuman otras entidades con sujeción a lo previsto en el presente decreto. / Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley.

La ley 715 de 2001 regula todos los aspectos presupuestales, contables y de ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones dentro de cada vigencia fiscal. Los recursos excedentes de la liquidación de CAJANAL S. A. EPS están sujetos a la regulación propia de ese proceso liquidatorio, dentro del cual, las entidades territoriales y sus descentralizadas concurrían como los demás acreedores y al no hacerlo, tales recursos deben ser destinados conforme a lo establecido en el decreto ley 254 de 2000 y la ley 1105 de 2006.

“4. En el caso de que la respuesta anterior fuese positiva ¿debe el Ministerio de la Protección Social asumir esta labor, para garantizar la correcta destinación de estos recursos?”

La destinación que el Gobierno Nacional dé a los remanentes de la liquidación de la sociedad Cajanal S.A. EPS, se regirá por las normas que regulan el FOPEP o el Fondo de Reservas de Bonos Pensionales.

Transcríbase a los señores Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

ENRIQUE JOSE RBOLEDA PERDOMO

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala