

80112 –
CGR - OJ - 222 de 2021

2021IE0102885



Doctora
LINA MARIA ALDANA ACEVEDO
Contralora Delegada para el Sector Salud
Contraloría General de la República
La ciudad

Referencia: Respuesta al oficio radicado con el SIGEDOC 2021IE0093990
Tema: CONTROL FISCAL – RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA
GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) –
ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PLANES DE
BENEFICIOS (EAPB)

Respetada doctora Lina María:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la comunicación citada en la referencia¹, la cual procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente.

Mediante su oficio señala:

“La Contraloría Delegada para el sector Salud, en desarrollo de los procesos de fiscalización que adelanta a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, que son administrados por las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios -EAPB- (Entidades Prestadoras de Salud, de diferente naturaleza jurídica y origen; Entidades Adaptadas en Salud o Empresas Solidarias de Salud; o Cajas de Compensación Familiar, entre otras). Se han encontrado con una serie de observaciones por parte de estas entidades, en lo que respecta a su calidad de sujetos de control por parte de la Contraloría General de la República.

¹Mediante la Resolución Reglamentaria Ejecutiva REG-EJE No. 0064 del 30 de marzo de 2020 de la CGR, se determinó dar cumplimiento al artículo 5° del Decreto Ley 491 de 28 de marzo de 2020, el cual dispone la ampliación de los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 para atender las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria.

Al respecto, desde la Delegada de Salud, se han considerado una serie de criterios, principalmente de orden jurisprudencial, donde se encuentran los fundamentos que justifican las acciones de fiscalización sobre los recursos del SGSSS que administran las EAPB. Entre los que se puede hacer referencia, por ejemplo, lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C 655 de 2003 en temas (ratio decidendi) como “el ejercicio del control fiscal y sus características básicas” (punto 8), la “naturaleza jurídica de la tarifa de control fiscal” (punto 9) o el sometimiento al control fiscal por parte de quienes administran o gestionan recursos parafiscales (punto 10.5).

Sin embargo, dado el cambio en el ejercicio del control y la vigilancia fiscal, derivados del Acto Legislativo 04 de 2019 y el Decreto 403 de 2020 (reglamentario del Acto), y la especialidad en el desarrollo de esta función pública, atribuida a la Contraloría Delegada para el sector Salud. Se observa la necesidad de conocer y aclarar, cuáles son los fundamentos y reglas por las cuales las EAPB se encuentran sujetas al ejercicio de fiscalización por parte de la CGR, esto, desde la doctrina fiscal de la CGR y la jurisprudencia, en general.”

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución² ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*³, así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*⁶ y *"asesorar jurídicamente a las*

² Art. 25 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

³ Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

*entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten*⁷.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁸, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica.

Revisado el aplicativo institucional SINOR (Normatividad y Relatoría), se encuentra que esta oficina se pronunció recientemente sobre la vigilancia de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) en el concepto CGR-OJ-018-2021, radicado 2021IE0011303 de fecha 15 de febrero de 2021, cuyos planteamientos serán retomados en lo pertinente.

4. Consideraciones Jurídicas.

4.1. Problema jurídico.

De la consulta se deriva el siguiente problema jurídico:

¿Cuál es el fundamento de la vigilancia y control fiscal a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, administrados por las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios -EAPB-?

4.2. Salud – Recursos parafiscales.

A través de la sentencia C-655 de 2003⁹ la Corte Constitucional analizó la naturaleza para parafiscal de los recursos de la seguridad social, de la siguiente forma:

“6. Naturaleza jurídica de los recursos de la seguridad social.

6.1. Acorde con la exigencia constitucional que prohíbe destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social *“para fines diferentes a ella”*, la jurisprudencia constitucional viene sosteniendo en forma unívoca que los recursos del Sistema General de la Seguridad Social son rentas de naturaleza parafiscal.

⁷ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

⁸ Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

6.2. Las **rentas parafiscales**, lo ha dicho la Corte, constituyen un **instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en aquella forma de gravamen que se establece con carácter impositivo por la ley para afectar a un determinado y único grupo social o económico, y que debe utilizarse en beneficio del propio grupo gravado**. De acuerdo con la concepción jurídica de este **tipo de tributo**, la Corte¹⁰ ha establecido que son características de los recursos parafiscales su **obligatoriedad**, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado; su **determinación o singularidad**, en cuanto **sólo grava a un grupo**, sector o gremio económico o social; su **destinación específica**, en cuanto **redunda en beneficio exclusivo del grupo**, sector o gremio que los tributa; su **condición de contribución**, **teniendo en cuenta que no comportan una contraprestación equivalente** al monto de la tarifa fijada, su **naturaleza pública**, en la medida en que **pertenecen al Estado a un cuando no comportan ingresos de la Nación y por ello no ingresan al presupuesto nacional**; su **regulación excepcional**, en cuanto a sí **lo consagra el numeral 12 del artículo 150 de la Carta**; y su **sometimiento al control fiscal**, ya que **por tratarse de recursos públicos**, la Contraloría General de la República, directamente o a través de las contralorías territoriales, debe verificar que los mismos se inviertan de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los crean.

6.3. **En atención a las características citadas, no duda la Corte en calificar los recursos de la seguridad social como rentas parafiscales, pues en verdad éstos comportan contribuciones obligatorias de naturaleza pública, fruto de la soberanía fiscal del Estado**, que no ingresan al presupuesto nacional, que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población, y **que deben ser utilizadas para financiar globalmente los servicios que se prestan y para ampliar su cobertura**. De hecho, el Sistema de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 y en otras disposiciones complementarias, se ocupó de regular todos los elementos que definen una renta parafiscal, señalando quienes son los destinatarios de los servicios de la seguridad social, cuales sus beneficiarios, las prestaciones económicas, de salud y de servicios complementarios que se ofrecen, y principalmente, **identificando la fuente de los recursos que se destinan para obtener las finalidades propuestas**.

Dentro de esta línea de interpretación, ha dicho la Jurisprudencia Constitucional, acerca de la naturaleza jurídica de los recursos de la seguridad social, lo siguiente:

“Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.

Como es sabido, los recursos parafiscales “son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa”¹¹, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. **Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos,**

¹⁰ Cfr. las Sentencias C-490 de 1993, C-308 de 1994, C-253 de 1995, C-273 de 1996 y C-152 de 1997, entre otras.

¹¹ Sentencia C-152/97, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado.” (sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

“Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un **gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria** a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud”. (Sentencia C-577 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

“La Corte Constitucional ha reiterado que las contribuciones de los afiliados al sistema general de seguridad social colombiano, son aportes parafiscales y, por tanto, recursos con la destinación específica de usarse en la prestación de servicios o entrega de bienes a los aportantes.” (Sentencia T-569 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

6.4. En armonía con el criterio hermenéutico citado, ha insistido la jurisprudencia en sostener que las entidades públicas y privadas que tienen a su cargo el manejo de recursos del sistema integral de la seguridad social, como ocurre con los fondos de pensiones y las Empresas Promotoras de salud -E.P.S.-, administran recursos parafiscales, los cuales, en ningún caso, pueden ser destinados a fines distintos de los previstos en las normas que los regulan. En este sentido, se dijo en la Sentencia C-179 de 1999 (M.P. Fabio Morón Díaz):

“...no cabe duda acerca de que los fondos de pensiones, los organismos oficiales que tienen como función el reconocimiento y pago de pensiones y **las E.P.S., públicas y privadas, que reciben cuotas de las empresas y de los trabajadores, administran recursos parafiscales. Por lo tanto, en ningún caso, esos fondos pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y su manejo debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de su función.**” (Sentencia C-179 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz).

Entonces, debe resaltarse que los recursos del sistema de seguridad social son recursos parafiscales que no pueden ser utilizados para propósitos diferentes al previsto en el sistema integral de seguridad social.” (Negrillas fuera de texto)

En consecuencia, en la sentencia C-655 de 2003, la Corte Constitucional reitera su línea jurisprudencial, dentro de la cual se destaca la sentencia SU-480 de 1997¹², en tanto, además de considerar como recursos públicos de carácter parafiscal las cotizaciones que realizan trabajadores y patronos sean aportes obligatorios que se

¹² M.P. Alejandro Martínez Caballero.

reinverten en el sector, con fundamento en el artículo 150 numeral 12¹³ y en el 338¹⁴ de la Constitución Política, siendo recursos parafiscales, por cuanto tiene una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley. En la sentencia SU-480 la Corte Constitucional también comprende dentro de la categoría de recursos públicos con destinación específica o parafiscales, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, los cuales son dineros públicos administrados principalmente por las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía, actualmente Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES -, sin que en ningún instante dichos recursos públicos de destinación específica en salud se confundan ni con el patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado.

4.3. Financiación planes voluntarios de salud.

El artículo 169 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 37 de la Ley 1438 de 2011, dispone:

“ARTÍCULO 169. PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD. Los Planes Voluntarios de Salud podrán incluir coberturas asistenciales relacionadas con los servicios de salud, **serán contratados voluntariamente y financiados en su totalidad por el afiliado o las empresas que lo establezcan con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias o el subsidio a la cotización.**

La adquisición y permanencia de un Plan Voluntario de Salud implica la afiliación previa y la continuidad mediante el pago de la cotización al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Tales Planes podrán ser:

169.1 Planes de atención complementaria del Plan Obligatorio de Salud emitidos por las Entidades Promotoras de Salud.

169.2 Planes de Medicina Prepagada, de atención prehospitalaria o servicios de ambulancia prepagada, emitidos por entidades de Medicina Prepagada.

¹³ “ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.”

¹⁴ “ARTICULO 338. En tiempo de paz, **solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales.** La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.” (Negritas fuera de texto)

169.3 Pólizas de seguros emitidos por compañías de seguros vigiladas por la Superintendencia Financiera.

169.4 Otros planes autorizados por la Superintendencia Financiera y la Superintendencia Nacional de Salud.” (Negrillas fuera de texto)

Dicho artículo ha sido objeto de demandas y pronunciamientos de constitucionalidad, evidenciados en las sentencias C-112 de 1998¹⁵ y C-599 de 1998¹⁶. Así, respecto del acceso y financiación de los planes voluntarios de salud, en la sentencia C-112 de 1998, la Corte Constitucional explicó las diferencias existentes entre el Plan Obligatorio de Salud y los planes voluntarios de salud, de la siguiente manera:

“VI.4 El artículo 169 de la ley 100 de 1993, objeto de acusación

Este precepto legal se refiere a los planes complementarios de salud, así: “Las Entidades Promotoras de Salud podrán ofrecer planes complementarios al Plan de Salud Obligatorio de salud (sic), que serán financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos de las cotizaciones obligatorias previstas en el artículo 204 de la presente ley”, siendo el aparte subrayado el demandado.

Considera la Corte pertinente anotar que el artículo que hoy se acusa parcialmente, fue objeto de pronunciamiento anterior por parte de esta Corporación en la sentencia C-663/96¹⁷, pero únicamente en cuanto “al cobijar por el Sistema General de Seguridad Social en Salud a los trabajadores independientes con capacidad de pago, no desconoció el derecho de ellos a la autonomía y al libre desarrollo de su personalidad”. En consecuencia, procede el análisis de constitucionalidad por motivos distintos de los enunciados, como los que se invocan en el presente caso.

Los Planes de Atención Complementaria en Salud son "conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantiza la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquiera otra característica en la prestación de un servicio incluido en el POS y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las EPS o por las entidades que sin convertirse en EPS deseen hacerlo, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente para las empresas de medicina prepagada.”¹⁸

El Plan Complementario, como su nombre lo indica, **es adicional al Plan Obligatorio de Salud POS y, puede ser adquirido en forma discrecional por quien esté interesado en hacerlo, pues la ley no lo consagra como imperativo legal sino como opción a la que puede recurrir en forma libre y voluntaria el afiliado al Plan Obligatorio.** No se olvide que, de acuerdo con lo dispuesto en la

¹⁵ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷ Sentencia C-630 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁸ Decreto 1938 de 1994. Artículo 3-d.

ley 100 de 1993, sólo pueden tener plan complementario de salud quienes tengan el plan obligatorio.

Si es potestativo del interesado contratar un Plan Complementario de Salud, con el fin de obtener servicios adicionales o mejores condiciones de hotelería, tecnología, etc, de los que le puede suministrar la entidad a la que está afiliado según el Plan Obligatorio de Salud, resulta apenas obvio, que su costo sea asumido por quien lo contrata.

Sobre tales planes dijo la Corte que "Se trata de dos relaciones jurídicas distintas, una derivada de las normas imperativas propias de la seguridad social (plan obligatorio) y otra proveniente de la libre voluntad del afiliado (plan complementario), quien, con miras a mejorar la calidad de los servicios que recibe de la EPS, resuelve incurrir en una mayor erogación, a su costa y por encima del valor de las cuotas a las que legalmente está obligado, para contratar la medicina prepagada a manera de plan de salud complementario del básico."¹⁹

Pretender, como lo quiere la demandante, que el Estado subvencione los planes complementarios de salud es desconocer no sólo las normas constitucionales (arts. 48 y 49) que autorizan al legislador para organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio público de salud, lo que implica determinar las condiciones en que se prestará éste, siempre y cuando no se vulneren derechos fundamentales u otras normas constitucionales; sino también el manejo y las políticas sociales y económicas del país.

La prestación de los servicios públicos, en este caso de salud, "depende particularmente de la política social diseñada y promovida por el Estado y su capacidad económica y financiera para asumir los costos que demanda la implementación y el funcionamiento del correspondiente sistema. Dichos costos normalmente se ven acrecentados, cuando se incrementa la cobertura de la seguridad social o cuando se presentan factores críticos, como el crecimiento demográfico, que hacen más oneroso el cumplimiento de las responsabilidades anejas a la efectividad del derecho social en cuestión. Sin embargo, resulta innegable el hecho de que la cobertura e integralidad de la seguridad social, esto es, el cubrimiento de todas las contingencias negativas que afectan la salud y las condiciones y el logro de una especial calidad de vida de la población, necesariamente deben guardar proporcionalidad con las posibilidades económicas del Estado que reduce su actividad a un proceso gradual, al desarrollo de un programa instrumentado por el Estado social de derecho, como se deduce de la normatividad constitucional. Obviamente, el criterio estrictamente económico, no puede esgrimirse como obstáculo para extender la seguridad social a los espacios queridos por el constituyente al diseñar el Estado social de derecho; por consiguiente, lo ideal es que el Estado realice de manera gradual pero sin pausa, los esfuerzos económicos, técnicos y administrativos que se requieren para lograr el principio de la integralidad del sistema..... pero ello no significa que el derecho a la seguridad social, pueda ser exigido por los usuarios del sistema más allá de las posibilidades económicas propias de su organización y funcionamiento, esto es, que puedan demandarse

¹⁹ Sentencia T-533 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

prestaciones que excedan su capacidad y que naturalmente no estén amparadas en las cotizaciones que se les exigen a los beneficiarios."²⁰

La salud, como lo ha reiterado la Corte, está catalogada como un derecho prestacional y "el ejercicio de los derechos prestacionales consagrados en la Constitución, se subordina a la existencia de los recursos fiscales necesarios para la prestación de los servicios correspondientes, así sea parcial y progresivamente. Por esta razón, los recursos disponibles deben usarse en forma racional y equitativa."²¹

Sobre este punto también resulta ilustrativa la sentencia de unificación de jurisprudencia No. 111/97, proferida por esta Corporación, en la que se expresó:

"El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad -como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores-, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico.

Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente **requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal.** Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial."

Para concluir, cabe agregar que el principio constitucional de "universalidad" que rige la seguridad social se relaciona con la garantía de protección a **todas** las personas, sin discriminación alguna. Es decir, que los servicios de salud deben cubrir a toda la población, como en efecto ocurre en el sistema de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993, que ampara a todos los habitantes del país tengan o no capacidad de pago.

La universalidad así definida no puede tener aplicación en los planes complementarios de salud, pues si bien es cierto que a éstos tiene acceso cualquier persona que en forma libre y voluntaria decida contratarlos, no puede cubrir a toda la población sino solamente a quienes los hayan contratado.

²⁰ Sentencia T-287 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²¹ Sentencia T-527 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

En este orden de ideas, el precepto acusado no vulnera la Constitución y, así se declarará.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Conforme lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-112 de 1998, diferencia la garantía y acceso al Plan Obligatorio de Salud, teniendo como factor determinante su financiación con recursos parafiscales o recursos públicos con destinación específica, de los Planes Voluntarios de Salud, financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos de las cotizaciones obligatorias, en tanto, es adicional al Plan Obligatorio de Salud POS y puede ser adquirido en forma discrecional por quien esté interesado en hacerlo, pues la ley no lo consagra como imperativo legal sino como opción a la que puede recurrir en forma libre y voluntaria el afiliado al Plan Obligatorio, considerando que, resulta apenas obvio, que su costo sea asumido por quien lo contrata.

4.4. Acto legislativo 04 de 2019 - Vigilancia y control fiscal.

A través del artículo 1 del Acto Legislativo 04 de 2019, que modificó el artículo 267 constitucional, se supera el criterio de control ordinario a los recursos de la Nación y excepcional respecto de los recursos endógenos de los entes territoriales, toda vez que, la modificación constitucional dispone que la Contraloría General de la República, vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. No obstante, para armonizar lo previsto en el artículo 272 constitucional, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 04 de 2019, se reservó a reglamentación legal el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Siendo que el control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

En ese orden, el artículo 6 del Decreto Ley 403 de 2020 enuncia los mecanismos a través de los cuales la Contraloría General de la República ejerce la prevalencia en la vigilancia y el control fiscal de los departamentos, distritos y municipios y demás entidades del orden territorial, así como a los demás sujetos de control de las contralorías territoriales, entre ellos los siguientes:

- a) Vigilancia fiscal concurrente integral o selectiva, transitoria o permanente.
- b) Plan Nacional de Vigilancia y Control Fiscal.
- c) Sistema Nacional de Control Fiscal -SINACOF-.
- d) Acciones conjuntas y coordinadas entre contralorías.
- e) Intervención funcional de oficio.
- f) Intervención funcional excepcional.
- g) Fuero de atracción.
- h) Los demás que determine el Contralor General de la República, bajo criterios de necesidad, pertinencia, razonabilidad, proporcionalidad y especialidad, sin que, en ningún caso, implique el vaciamiento de competencias de las contralorías territoriales.

Mecanismos que desarrolla el propio Decreto Ley 403 de 2020, mediante los que opera de forma práctica la prevalencia de la Contraloría General de la República, sobre los ejercicios de vigilancia y control fiscal que ejercen las contralorías territoriales, desplazándolas en sus competencias, sin que implique el vaciamiento de las competencias de estas, conforme a los requisitos, criterios y efectos dispuestos para cada uno de los mecanismos en la Ley.

De otra parte, el artículo 1 del Acto Legislativo 04 de 2019, que modificó el artículo 267 constitucional, incorpora como nuevo elemento que, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales.

Destacando como nueva atribución que, el artículo 1 del Acto Legislativo 04 de 2019, modificatorio del artículo 267 constitucional, dispone que el control fiscal además de ejercerse en forma posterior y selectiva, podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público.

Este último y novísimo control, tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público, su ejercicio y la coordinación corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

De otra parte, la misma cláusula constitucional establece que el control concomitante y preventivo no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación del control social y con la articulación del control interno.

Conforme a lo anterior, en el artículo 55 del Decreto Ley 403 de 2020 se estableció que la finalidad del control fiscal concomitante y preventivo es la defensa y protección del patrimonio público a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los bienes, fondos o recursos públicos, de manera que permita evaluar un conjunto de hitos de control pertenecientes a un proceso en curso, de forma ordenada, sucesiva e interconectada y eventualmente advertir sobre la posible ocurrencia de daños al patrimonio público.

Por su parte, en el artículo 57 de esta normativa, se enuncian algunos de los mecanismos por medio de los cuales podrá realizarse el seguimiento permanente

a los bienes, fondos, recursos o intereses patrimoniales de naturaleza pública, a saber:

- a) Acceso y análisis de la información;
- b) Articulación con el Control Social;
- c) Articulación con el Control Interno;
- d) Acompañamiento en las instancias de asesoría, coordinación, planeación y decisión;
- e) Acciones de especial seguimiento;
- f) Asistencia con voz a las audiencias de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, y
- g) Las demás que determine el Contralor General de la República.

Estos mecanismos estarán a cargo de la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata -DIARI-, las Contralorías Delegadas Generales y Sectoriales, y las demás dependencias que determine el Contralor General de la República.

Así mismo, el artículo 58 describe la metodología aplicable para el seguimiento permanente al recurso público, el cual se desarrolla con mayor precisión en la Resolución Reglamentaria Organizacional 0762-2020, expedida por el Contralor General de la República, que reglamenta la función y sus metodologías, desarrollando la asignación de funciones dentro de las dependencias competentes.

Por su parte, el artículo 67 ibidem, establece que "[e]l ejercicio del control fiscal concomitante y preventivo se manifestará mediante la emisión de una advertencia sobre el evento o riesgo identificado, con sustento en los ejercicios de vigilancia y seguimiento permanente al recurso público. Cuando el evento o riesgo impacte a más de una entidad u objeto de control, podrá emitirse una advertencia general", facultad que es exclusiva del Contralor General de la República de conformidad con el párrafo del citado artículo.

Ahora bien, el artículo 95 de este Decreto Ley, determina que la finalidad del procesamiento de la información por parte de la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata será producir informes de analítica de datos sobre hechos constitutivos de presunto daño fiscal, de búsqueda selectiva en bases de datos, de analítica predictiva y prospectiva, y otros reportes e insumos, con el propósito de hacer más eficientes las funciones de vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Contralor General de la República expidió la Resolución Reglamentaria Organizacional 0762-2020 "Por la cual se desarrollan las condiciones y la metodología general para el seguimiento permanente a los recursos públicos y el ejercicio de la vigilancia y control fiscal concomitante y preventivo de la Contraloría General de la República", en la cual se estableció que el despliegue de los mecanismos de seguimiento permanente al recurso público en el marco del control concomitante y preventivo.

De lo explicado se colige que, el Decreto Ley 403 de 2020 regula los artículos constitucionales del control y la vigilancia fiscal modificados por el Acto Legislativo 04 de 2019 es una norma con fuerza ley, que modifica en lo pertinente la normatividad existente para el ejercicio del control y la vigilancia fiscal, por ende, el Decreto Ley es de obligado cumplimiento para los órganos de control fiscal.

5. Conclusiones.

5.1. El numeral 17 del artículo 6 del Decreto 2462 de 2013, que establecía la categoría de “Entidades Administradoras de Planes de Beneficiarios de Salud (EAPB)”, remitiendo para desarrollar su contenido a las enunciadas en el numeral 121.1 del artículo 121 de la Ley 1438 de 2011²² y las normas que las modifiquen o adiciónen, fue derogado por el artículo 43 del Decreto 1080 de 2021, “por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud”.

5.2. A partir de la sentencia C-655 de 2003, donde la Corte Constitucional enuncia su línea jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los recursos de la seguridad social, de la cual se destaca la sentencia SU-480 de 1997, se colige que las rentas parafiscales o recursos públicos de destinación específica en el sector salud, se encuentran sometidas al control fiscal la Contraloría General de la República.

Sumado a lo anterior, el artículo 1 del Acto Legislativo 04 de 2019, modificó el artículo 267 constitucional, especificando que la vigilancia y el control fiscal de la Contraloría General de la República, se circunscribe a la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos.

Por ende, la reforma control fiscal, mantiene y amplía la competencia de vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República sobre los recursos públicos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, para lo cual tiene prevalencia en los términos que señale la Ley.

En ese contexto, desde la reforma para el fortalecimiento de la vigilancia y el control fiscal, contenida en el Acto legislativo 04 de 2019, y su regulación en el Decreto Ley 403 de 2020, además del control posterior y selectivo, la Contraloría General de la República cuenta con atribuciones regladas para ejercer el control fiscal preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del

²² Numeral 121.1 del artículo 121 de la Ley 1438 de 2011, que se enuncia como sujetos de inspección, vigilancia y control integral de la Superintendencia Nacional de Salud:

“121.1 Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, las Empresas Solidarias, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las actividades de salud que realizan las aseguradoras, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las administradoras de riesgos profesionales en sus actividades de salud. Las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud, sin perjuicio de las competencias de la Superintendencia de Subsidio Familiar.”

patrimonio público, y para realizar seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal.

Adicionalmente, la Resolución Reglamentaria ejecutiva 0097-2021²³ "Por la cual se actualiza la sectorización de los sujetos de control fiscal y se asigna competencia a las Contralorías Delegadas Sectoriales para ejercer la vigilancia y el control fiscal", además de enunciar y sectoriza sujetos de vigilancia y control fiscal en concordancia con los artículos 4²⁴ y 30 del Decreto Ley 267 de 2000, señala en sus artículos 31 y 32 el procedimiento a seguir por las Contralorías Delegadas Sectoriales con la Oficina Planeación para su respectiva validación, mediante el cual se determina la condición de sujeto de control para su sectorización.

Haciendo salvedad que, en el párrafo 2º del artículo 31 de la Resolución Reglamentaria ejecutiva 0097-2021 se aclara que: "De acuerdo con las disposiciones Constitucionales y legales, la omisión en la presente Resolución de Sectorización de un sujeto de control fiscal de la Contraloría General de la República, no lo exime de la responsabilidad de rendir cuenta e informes a este Organismo de Control Fiscal, como tampoco de ser objeto de vigilancia en los procesos auditores que programe."

5.3. Se reitera que el presente concepto, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tiene el carácter de fuente normativa, ni tampoco fija una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, en los términos del artículo 25 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, y del artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000.

Así mismo, respecto de la resolución de situaciones particulares y concretas, mediante Circular 018 del 22 de noviembre de 2016 y el párrafo del artículo 3 de la Resolución Organizacional No. 0789 de 2021, el señor Contralor General de la República impartió instrucciones sobre la función consultiva de la Oficina Jurídica, determinando que los asuntos particulares y concretos deben ser decididos por los funcionarios competentes en cada área.

Cordialmente,



LUIS FELIPE MURGUEITIO SICARD
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Andrés Rolando Ramírez Guacaneme
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas
N.R. SIGEDOC 2021E0093990 -
TDR 80112-033 Conceptos Jurídicos

²³ Publicada en Diario Oficial No. 51828 del 15 de octubre de 2021.

²⁴ Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Ley 405 de 2020.