

Radicación: 11001-03-24-000-2017-00017-00

Demandante: Seguros de Riesgos Suramericana S.A.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se hace una modificación referente al Sistema de Compensación Monetaria en el Sistema General de Riesgos Laborales / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Finalidad / PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Cuando pierde su vigencia / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Improcedencia respecto de acto que ya no produce efectos / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada por sustracción de materia

Previo a abordar el estudio de los planteamientos formulados por la parte actora en el escrito de la medida cautelar, el despacho considera necesario establecer si el acto acusado está o no produciendo efectos jurídicos. [...] El Decreto 2509 de 2015 creó un mecanismo de compensación monetaria, con el fin de corregir los efectos de la concentración de riesgos en el Sistema General de Riesgos Laborales y sus consecuencias financieras, así como adoptar medidas para mitigar la concentración del mismo, aplicable a las Administradoras de Riesgos Laborales autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia. En cuanto a los términos y condiciones, el mismo decreto indicó expresamente que éste se aplicaría para el año 2015. [...] Conforme con lo anterior, se colige que el mecanismo previsto en el acto acusado a la fecha no está surtiendo efectos y por ende resulta inocuo estudiar los cargos formulados en la medida cautelar solicitada. [...] A su turno, esta sección ha señalado que la finalidad de la suspensión provisional del acto administrativo no es otra que la de evitar que éste siga produciendo efectos mientras se expide la providencia que ponga fin al proceso, por lo que es presupuesto que ello esté ocurriendo; situación diferente es que la Jurisdicción deba hacer el estudio de legalidad del acto acusado en la sentencia que ponga fin al proceso, en razón de los efectos que pudo producir durante su vigencia. Así las cosas, como el acto acusado a la fecha no está produciendo efectos jurídicos, por sustracción de materia, se denegará la medida cautelar solicitada.

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencia Consejo de Estado, Sección Primera, de 18 de julio de 2016, Radicación 11001-03-24-000-2016-00111-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 238 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 91 NUMERAL 5 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2509 DE 2015 (23 de diciembre) MINISTROS DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, Y DE TRABAJO (No suspendido)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-24-000-2017-00017-00

Actor: SEGUROS DE RIESGOS SURAMERICANA S.A

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y
MINISTERIO DEL TRABAJO

Referencia: NULIDAD

RESUELVE MEDIDA CAUTELAR

Atendiendo lo previsto por el auto del 30 de julio de 2018, mediante el cual el Consejero de Estado Hernando Sánchez Sánchez remitió el presente proceso a este despacho en cumplimiento de la medida de compensación ordenada en el Acuerdo 094 del 16 de mayo del mismo año proferido por la Sala plena de esta Corporación, se AVOCA el conocimiento del asunto.

En consecuencia, el Despacho se pronuncia sobre la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante, en los siguientes términos:

1. La petición

La Sociedad Seguros de Riesgos Suramericana S.A. instauró demanda en ejercicio del medio de control establecido por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de obtener la nulidad del Decreto nro. 2509 del 23 de diciembre de 2015 "por el cual se modifica el capítulo 9 del título 4 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, referente al Sistema de Compensación Monetaria en el Sistema General de Riesgos Laborales", proferido por los Ministros de Hacienda y Crédito Público, y de Trabajo.

El actor sustentó la solicitud de suspensión provisional en los siguientes términos:

1.1. El Decreto 2509 de 2015 excede el "marco legislativo" dentro del cual podía intervenir en la actividad aseguradora:

Consideró que el citado decreto en lugar de cumplir con el objetivo de crear medidas para evitar el problema social y económico de la concentración de riesgos y la selección adversa de afiliados por parte de las ARLs se ocupó de crear un sistema reactivo de corrección económica, y se enfocó en atender sus manifestaciones económicas, con lo cual incumplió el mandato legal y excedió la órbita de sus competencias.

Aseguró que la solicitud de suspensión se dirige contra todo el Decreto 2509, dado que en la consideración final del mismo se hace referencia a la creación de un sistema para corregir las manifestaciones económicas de la concentración y selección adversa de afiliados y no para evitarlas.

Arguyó que el Decreto 2509 no cumplió con el objetivo superior que le fijó la ley para intervenir en la actividad aseguradora de las ARLs, en particular el literal "q" del artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 76 de la Ley 1753 de 2015, que facultó al Gobierno para establecer medidas tendientes a evitar la concentración de riesgos y la selección adversa de afiliados en la actividad de las ARLs y aunque corregirlas o mitigarlas es un objetivo valioso de política pública debe ser logrado por medio de leyes ordinarias de intervención.

1.2. "Mediante el Decreto 2509 de 2015, el Gobierno creó e impuso una "contribución

parafiscal" sin autorización constitucional ni legal":

Aseveró que obligar a las ARL a hacer pagos monetarios con sus recursos a otras ARL "creó e impuso una "contribución parafiscal" sin autorización constitucional ni legal" para corregir las manifestaciones económicas de la concentración de riesgos y la selección adversa de los afiliados, desconociendo los artículos artículo 150 numeral 12 y 338 de la Constitución Política, pues el Gobierno no tenía la facultad de crear o imponer "contribuciones parafiscales" a las cuales les dio el nombre de "compensaciones" dado que la misma la tiene exclusivamente el legislador.

Sostuvo que el Gobierno tampoco tenía la facultad de definir el procedimiento para la determinación, cálculo y asignación de la compensación monetaria pues de conformidad con el artículo 338 de la Constitución Política, el sistema y método para definir los costos y beneficios de las compensaciones y la forma de hacer su reparto debían ser fijados por la ley, una ordenanza o un acuerdo.

1.3. "El Decreto 2509 de 2015 creó una nueva causal para la imposición de sanciones administrativas sin que una ley previa hubiere determinado los elementos esenciales de tipo sancionatorio":

Aludió que la "suspensión específica se dirige contra el artículo 2.2.4.9.1.3. del Decreto 2509 de 2015" que dispuso "El incumplimiento a esta obligación, acarreará las sanciones previstas en el artículo 91 del Decreto Ley 1295 de 1994", alegando que es lesiva del debido proceso y el principio de legalidad en materia de infracciones y sanciones administrativas por crear una conducta cuyo incumplimiento acarreará una sanción administrativa sin ninguna facultad para ello, lo que a su vez desconoce el artículo 150 constitucional y el principio de reserva de ley.

1.4. "El Decreto 2509 de 2015 viola el principio de irretroactividad de las leyes y de los actos administrativos":

Indicó que el acto acusado viola el principio de irretroactividad de las leyes y de los actos administrativos por contrariar los artículos 58 de la Constitución Política y 18 de la Ley 153 de 1887, razón por la cual **"esta petición de suspensión se dirige contra todo el Decreto, y no solo contra uno o varios de sus artículos, porque, como se observa en el considerando final, y en conjunto (...) todo él se refiere a la creación de un sistema parafiscal de aplicación retroactiva, para corregir las manifestaciones económicas de esa concentración y de la selección adversa de afiliados"**.

Manifestó que el decreto debe ser declarado nulo por violar los artículos 58 de la Constitución Política y 18 de la Ley 153 de 1887, ya que el mecanismo de compensación tiene una aplicación retroactiva que se puede apreciar al analizar su contenido a la luz de la fecha de promulgación y entrada en vigencia, dado que éste se expidió y promulgó el 23 de diciembre de 2015 y el artículo 1 del Decreto 2509 señala que "el mecanismo de compensación allí previsto, aplicará para el año 2015", por lo que crea obligaciones nuevas para las ARL y ordena medidas tendientes a su cumplimiento que recaen sobre situaciones ya consolidadas.

1.5. "La expedición del Decreto 2509 de 2015 no siguió el procedimiento fijado en la ley para expedir los actos administrativos que puedan afectar la libre competencia":

Estimó también que se omitieron hacer las consultas con la Superintendencia de Industria y Comercio, como lo ordena el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, pues no hay constancia que el

proyecto se haya presentado a la SIC, ni mucho menos que ésta haya proferido concepto.

Agregó que la distribución de trabajadores afiliados que adelantan actividades laborales riesgosas y con altos índices de siniestralidad no es uniforme entre las distintas ARLS que operan en el mercado y por lo tanto, las que concentran más trabajadores que hacen actividades riesgosas y con altos índices de siniestralidad tendrán que hacer más pagos y por mayores cuantías que las que no tienen afiliados a ese tipo de trabajadores y "el mecanismo de compensación" que consagra el acto acusado, limita la capacidad de las ARLS para competir entre ellas.

1.6. "El decreto 2509 de 2015 afecta la libre competencia":

Razonó que el acto viola el artículo 1 literal "e" de la Ley 35 de 1993 y el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, al afectar la libre competencia pues "desincentiva que las ARLS inviertan en la promoción de salud y la prevención de siniestros laborales". Aunado a que el "mecanismo de compensación" conlleva a que las "compensaciones" se giren a favor de las que concentran altos índices de siniestralidad y tienen baja participación en el mercado; que en la medida que una ARL se vuelva más eficiente y competitiva tendrá que compensar más respecto de las ineficientes, por lo que es probable que las primeras prefieran no mejorar para no tener que compensar con las ineficientes, lo que afecta el bienestar de los afiliados.

1.7. "El Decreto 2509 de 2015 no justifica el uso del concepto de "participación en el mercado" para determinar la distribución de derechos y obligaciones ni la compensación resultante de años anteriores":

Afirmó que el citado decreto no ofrece ninguna justificación para introducir el elemento "participación en el mercado" siendo éste un criterio determinante para el funcionamiento del mecanismo de "compensaciones", pues solo se menciona en el anexo, además de ser reprochable que allí se use "información de años pasados" para determinar el monto de la compensación a cargo y a favor de las ARLs."

Sostuvo que es censurable que tratándose de un elemento determinante y fundamental en los derechos y obligaciones que genera el mecanismo de compensación como "la participación en el mercado" solo se mencione de manera tangencial en el anexo sin ninguna motivación y además se incluya el concepto del "monto de compensación" sin explicación de cuánto es ese monto o cómo se calculó.

1.8. "El Decreto 2509 de 2015 es contradictorio en cuanto a sus objetivos":

Expuso que la falsa motivación del acto es evidente, ya que hace un uso "contradictorio y poco cuidadoso" de las expresiones "corregir mitigar e impedir", lo que denota la falta de coherencia entre el considerando final y los artículos 2.2.4.9.1.1 y 2.2.4.9.1.3, en lo referente al objetivo del mecanismo de compensación, concluyendo que más que evitar un problema social y económico, redistribuye los costos sociales, sin resolver el problema.

1.9. "El Decreto 2509 de 2015 no es coherente con respecto a los elementos relevantes para realizar la compensación":

Señaló que el decreto carece de precisión y contiene contradicciones insuperables en lo referente a las siniestralidades que deben ser tenidas en cuenta al estimar las compensaciones, en especial con relación a los conceptos de "siniestralidad pagada y siniestralidad incurrida", que resultan relevantes, dado que entre mayor sea la siniestralidad de cada ARL, mayor será la posibilidad de

que sea compensada; por consiguiente, si opta por siniestralidad incurrida le será más fácil demostrar que debe ser compensada, pero es posible que se tomen sumas que no necesariamente revelen la siniestralidad de las ARLS, lo que generaría un beneficio sin justificación para las mismas.

1.10. "El Mecanismo de compensación previsto en el Decreto 2509 tiene un carácter "experimental" y deja de aplicar la regla sobre la estabilidad de la regulación.":

Manifestó que al expedir el acto demandado el Gobierno dejó de aplicar el artículo 150 - numeral 19, literal "d" de la Constitución Política que lo obligaba a sujetarse a la ley marco relacionada con la actividad aseguradora, además de no aplicar el artículo 46 del "EOSF" según el cual, el Gobierno nacional ejercerá las facultades que le otorga la "ley marco" "preservando la estabilidad en la regulación". Y pese a que el artículo 2.2.4.9.2.3. del acto demandado establece que el mecanismo de compensación que crea el decreto tiene un "simple carácter experimental", el hecho que el acto acusado no buscara preservar la estabilidad de la regulación sino que facilitara la mutación de la misma, contraría el citado artículo 46 de la ley marco.

2. Traslado de la solicitud al demandado

Por auto del 18 de agosto de 2017[1], se ordenó correr traslado a la parte demandada del escrito de suspensión provisional.

2.1. El Ministerio de Trabajo por conducto de apoderado lo recorrió por memorial radicado el 22 de septiembre de 2017, solicitando que no se decrete la medida ordenada, en tanto que en la solicitud se exponen varios argumentos de derecho sobre la ilegalidad del Decreto 2509 de 2005, pero no explica ningún efecto producido con su expedición, de donde resulta innecesaria la suspensión teniendo en cuenta que éste no implementó un sistema permanente de compensación monetaria entre las ARL que este vigente, dado que el artículo 2.2.4.9.2.3 prevé que el mecanismo de compensación se aplicará exclusivamente para el año 2015 y en los siguientes años el Gobierno Nacional podrá determinar modificaciones de la compensación monetaria así como adoptar mecanismos para la distribución de riesgos.

Adujó que en la actualidad el acto acusado no está produciendo ningún efecto ni ha causado perjuicio alguno al demandante y el mismo no tiene una aplicación automática dado que solo establece parámetros para la compensación monetaria.

Consideró que el Decreto 2509 de 2015 no excedió el marco legislativo como lo afirma la parte actora, pues el mismo no se expidió únicamente en virtud del artículo 46 del EOSF, sino con fundamento en los artículos 48, 189 numerales 11 y 25 y 335 de la Constitución y el artículo 48 faculta al Estado a ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social, lo que justifica la creación del sistema de compensación monetaria.

Agregó que la Ley 100 de 1993 establece una serie de principios con relación a la prestación del servicio público esencial de la seguridad social y el Estado debe procurar su prestación adecuada, por lo que es necesaria la implementación del mecanismo de compensación para evitar la concentración del riesgo y la selección adversa ya que esto perjudica la viabilidad financiera de las ARL.

2.2. En cuanto al escrito radicado el 28 de septiembre de 2017 por el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no podrá tenerse en cuenta por haber sido presentado de forma extemporánea[2].

3. Consideraciones frente a las medidas cautelares:

Conforme con lo establecido por el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

La Ley 1437 de 2011 definió un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en el medio de control de nulidad como de nulidad y restablecimiento del derecho-, indicando en el inciso primero del artículo 231 lo siguiente:

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

En este sentido, la medida de suspensión provisional pretende evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide su constitucionalidad y legalidad, y para su procedencia resulta forzoso que del análisis efectuado por el juez, se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contenido de la solicitud.

4. Caso Concreto

Previo a abordar el estudio de los planteamientos formulados por la parte actora en el escrito de la medida cautelar, el despacho considera necesario establecer si el acto acusado está o no produciendo efectos jurídicos.

Al efecto se verifica:

(i) El Decreto 2509 de 2015 creó un mecanismo de compensación monetaria, con el fin de corregir los efectos de la concentración de riesgos en el Sistema General de Riesgos Laborales y sus consecuencias financieras, así como adoptar medidas para mitigar la concentración del mismo, aplicable a las Administradoras de Riesgos Laborales autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(ii) En cuanto a los términos y condiciones, el mismo decreto indicó expresamente que éste se aplicaría para el año 2015.

(iii) No obstante, también determinó que para los años subsiguientes el Gobierno Nacional podría establecer modificaciones a la metodología de la compensación o adoptar mecanismos alternos.

(iv) Así, el artículo 2.2.4.9.2.3 ejusdem dispuso:

"Términos y condiciones del mecanismo de compensación. El mecanismo de compensación monetaria en el Sistema General de Riesgos Laborales, deberá ser aplicado entre las Administradoras Riesgos Laborales.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio del Trabajo efectuarán los cálculos y determinarán los valores compensación.

El presente mecanismo de compensación se aplicará para el año 2015. En los años subsiguientes el Gobierno Nacional podrá determinar, a partir del seguimiento de los niveles de concentración de riesgo, modificaciones a la metodología de la compensación monetaria o adoptar mecanismos alternativos de distribución de riesgos. (...)" (Se destaca).

(v) Conforme con lo anterior, se colige que el mecanismo previsto en el acto acusado a la fecha no está surtiendo efectos y por ende resulta inocuo estudiar los cargos formulados en la medida cautelar solicitada.

(vi) Frente a la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos, el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, previó:

"Artículo 91: Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

(...)

5. Cuando pierdan vigencia."

(vii) A su turno, esta sección ha señalado[3] que la finalidad de la suspensión provisional del acto administrativo no es otra que la de evitar que éste siga produciendo efectos mientras se expide la providencia que ponga fin al proceso, por lo que es presupuesto que ello esté ocurriendo; situación diferente es que la Jurisdicción deba hacer el estudio de legalidad del acto acusado en la sentencia que ponga fin al proceso, en razón de los efectos que pudo producir durante su vigencia.

Así las cosas, como el acto acusado a la fecha no está produciendo efectos jurídicos, por sustracción de materia, se denegará la medida cautelar solicitada.

Por último se reconocerá personería adjetiva a los apoderados del Ministerio de Trabajo y del Ministerio Hacienda y Crédito Público, en los términos de los poderes obrantes de folios 31 a 38 y 43 a 45, respectivamente, del cuaderno de medida cautelar.

Por lo expuesto, el Despacho en Sala Unitaria,

RESUELVE:

Primero: DENEGAR la medida cautelar de suspensión de los efectos jurídicos del Decreto 2509 del 23 de diciembre de 2015, "Por el cual se modifica el Capítulo 9 del Título 4 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, referente al Sistema de Compensación Monetaria en el Sistema General de Riesgos Laborales", proferido por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo.

Segundo: Reconocer al profesional del derecho Armando Benavides Rosales, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.015.400.135 de Bogotá y tarjeta profesional número 218.852 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial del Ministerio de Trabajo.

Tercero: Reconocer al profesional del derecho José Humberto Alvarado Niño, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.733.541 de Bogotá y tarjeta profesional número 143.273 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

[1] Folio 23 del cuaderno de medida cautelar.

[2] Acorde con el informe secretarial visible a folio 23 vuelto, el término previsto en el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 empezó a correr el 21 de septiembre de 2017 y venció el 27 del mismo mes y año.

[3] Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, Auto del 18 de julio de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00111-00.

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

