



25/05/04
09642677

375

Bogotá D.C., 21 de mayo de 2004

110.044.2004

OJ110

Doctora

Amparo del S. Lozada Pinedo

CONTRALORA DEPARTAMENTAL DEL AMAZONAS

Leticia - Amazonas

REFERENCIA: N.U.R. 214-1-20527/465/04

Respetada Doctora:

El presidente del Concejo Municipal de Leticia solicitó, a la Auditoría General de la República, concepto sobre la competencia que pueden tener los particulares vinculados con un ente de control mediante contrato de prestación de servicios, para adelantar indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal.

Esta oficina en cumplimiento de la función de conceptualización que tiene asignada, emitió concepto cuya copia adjunto para su información.

Es de anotar que en la celebración de esta clase de contratos debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 48 numeral 29 del Código Disciplinario Único.

Cordial saludo,

AMPARO QUINTERO ARTURO
Directora Oficina Jurídica



374

Bogotá D.C., 21 de mayo de 2004
OJ110-435

PARA: Dra. MARTHA SÁNCHEZ RÍOS
Auditora Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

DE: AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Solicitud de concepto: cuotas de auditaje o fiscalización a cargo de IPS o red hospitalaria

REFERENCIA: NUR-210-3-20863 de 20 de mayo de 2004
NUR-218-3-20448 de 5 de mayo de 2004

Apreciada Doctora,

En respuesta a la solicitud que fuera elevada a este Despacho en el Oficio de la referencia, me permito formular las siguientes precisiones conceptuales:

1.- La Consulta.-

En su comunicación de 20 de mayo se afirma que algunas contralorías territoriales han manifestado inquietudes acerca de la viabilidad de cobrar cuotas de auditaje a Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud (IPS) o de la red hospitalaria, toda vez que esta entidad, en circular de fecha 27 de abril afirmó que ello no es procedente.

Con el objeto de dar respuesta a estas inquietudes, en el oficio de la referencia se ha solicitado a este Despacho emitir concepto en relación con los siguientes aspectos:

"... (i) si la prohibición de cobro de cuota de auditaje recae sobre la totalidad de los recursos que conforman el Sistema General de Participaciones en todas las Entidades Territoriales; (ii) si esta prohibición sólo aplica para las Contralorías que operan en los antiguamente denominados Territorios Nacionales; (iii) si esta prohibición, en uno y otro caso según corresponda, excluye o incluye los "recursos de libre destinación"; y, (iv) si esta prohibición excluye o incluye "recursos propios" por venta de servicios."

*la Depta
Mayo 26/04
2
Luz Alba
25-5-04
2:30*

2.- Consideraciones Jurídicas.-

Con el objeto de dar respuesta a las inquietudes planteadas por parte de su Despacho, se estima necesario advertir que en días pasados la Oficina Jurídica adoptó posición en relación con el tema, la cual fue sometida a su consideración a través del sistema interno de información "outlook".

Debido a que se trata de un aspecto en relación con el cual la señora Auditora ha fijado una directriz a observar por parte de las contralorías territoriales, sería importante fijar una posición institucional que encuentre pleno respaldo en la normatividad vigente.

Lo anterior explica que en relación con la solicitud elevada esta Oficina deba reiterar las conclusiones que ya ha tenido oportunidad de plantear ante ese Despacho y que se apoyan en las siguientes consideraciones:

2.1.- Debido al grave estado en que se han encontrado las finanzas de las entidades territoriales, mediante Ley 617 de 2000 el legislador ordenó efectuar ajustes sobre los desmedidos gastos de funcionamiento de los departamentos, distritos y municipios.

Las contralorías territoriales también fueron sometidas a ajustes en sus presupuestos y por regla general la financiación de sus gastos se realiza mediante el reconocimiento de un porcentaje de participación sobre los ingresos corrientes de libre destinación del ente territorial al cual pertenecen.

En relación con las contralorías departamentales, los artículos 9º y 11 de la Ley 617 establecieron:

"[. . .] Artículo 8o. Valor máximo de los gastos de las Asambleas y Contralorías Departamentales.

[. . .] Las Contralorías departamentales no podrán superar como porcentaje de los ingresos corrientes anuales de libre destinación del respectivo departamento, los límites que se indican a continuación:

Categoría	Límite gastos Contralorías
<i>Especial</i>	1.2%
<i>Primera</i>	2.0%
<i>Segunda</i>	2.5%
<i>Tercera y Cuarta</i>	3.0%

Artículo 9o. Periodo de transición para ajustar los gastos de las Contralorías Departamentales. Se establece un periodo de transición a partir

372

del año 2001, para los departamentos cuyos gastos en Contralorías superen los límites establecidos en los artículos anteriores en relación con los ingresos corrientes de libre destinación, de la siguiente manera:

Año	2001	2002	2003	2004
CATEGORIA				
Especial	1.2%	1.8%	1.5%	1.2%
Primera	2.7%	2.5%	2.2%	2.0%
Segunda	3.2%	3.0%	2.7%	2.5%
Tercera y cuarta	3.7%	3.5%	3.2%	3.0%

Parágrafo. Las entidades descentralizadas del orden departamental deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto dos por ciento (0.2%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.

En todo caso, durante el período de transición los gastos de las Contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda Departamental, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo.

Por su parte, respecto de las contralorías distritales y municipales establecieron los artículos 10 y 11 de la Ley 617:

Artículo 10. Valor máximo de los gastos de los Concejos, Personerías, Contralorías Distritales y Municipales.

[. . .] Los gastos de personerías, contralorías distritales y municipales, donde las hubiere, no podrán superar los siguientes límites:

CONTRALORIAS Límites a los gastos de las Contralorías municipales. Porcentaje de los Ingresos Corrientes de Libro Destinación

CATEGORIA	
Especial	2.8%
Primera	2.5%
Segunda (más de 100.000 habitantes)	2.8%

[. . .] **Artículo 11. Período de transición para ajustar los gastos de los concejos, las personerías, las contralorías distritales y municipales.** Se establece un período de transición a partir del año 2001, para los distritos y municipios cuyos gastos en concejos, personerías y contralorías, donde las hubiere, superen los límites establecidos en los artículos anteriores, de forma

4

tal que al monto máximo de gastos autorizado en salarios mínimos en el artículo décimo se podrá sumar por período fiscal, los siguientes porcentajes de los ingresos corrientes de libre destinación de cada entidad:

	Año			
	2001	2002	2003	2004
[. .] CONTRALORIAS				
Especial	3.7%	3.4%	3.1%	2.8%
Primera	3.2%	3.0%	2.8%	2.5%
Segunda	3.6%	3.3%	3.0%	2.8%
(más de 100.000 habitantes)				

Parágrafo. Las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.

En todo caso, durante el período de transición los gastos de las contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda distrital o municipal, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo.

2.2.- Con posterioridad, el Presidente de la República expidió el Decreto 192 de 2001 y reglamentó la aplicación de la Ley 617, estableciendo en lo pertinente:

Artículo 9o. De los ingresos de las entidades descentralizadas. Los ingresos de las entidades descentralizadas del nivel territorial, no hacen parte del cálculo de los ingresos de libre destinación para categorizar los Departamentos, Municipios o Distritos. Tampoco harán parte de la base del cálculo para establecer el límite de gastos de Asambleas, Concejos, Contralorías y Personerías.

Artículo 10. De las transferencias a las Contralorías. La transferencia de los Departamentos, Municipios o Distritos, sumada a la cuota de fiscalización de las entidades descentralizadas, realizadas a las contralorías, no podrán superar los límites de gasto ni de crecimiento establecidos en la Ley 617 de 2000. -Se resalta y subraya por fuera del texto original-

Es resaltar que este Decreto continúa vigente y goza de presunción de legalidad, razón por la cual resulta del todo aplicable para la definición del porcentaje máximo de gastos que puede ser autorizado a las contralorías distritales y municipales.

2.3.- Debido a que el ajuste ordenado sobre las finanzas territoriales afectó en gran medida a las contralorías departamentales, el legislador decidió introducir varias modificaciones sobre las previsiones contenidas en la Ley 617.

La primera de ellas se plasmó en el artículo 97 de la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001" 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 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros", en donde se estableció:

"Artículo 97.- Gravámenes a los recursos del Sistema General de Participaciones. En ningún caso podrán establecer tasas, contribuciones o porcentajes de asignación a favor de las contralorías territoriales, para cubrir los costos del control fiscal, sobre el monto de los recursos del Sistema General de Participaciones.

Los recursos transferidos a las entidades territoriales por concepto del Sistema General de Participaciones y los gastos que realicen las entidades territoriales con ellos, están exentos para dichas entidades del Gravamen a las transacciones financieras.

Las contralorías de las antiguas comisarías no podrán financiarse con recursos de transacciones. Su funcionamiento sólo podrá ser financiado con ingresos corrientes de libre destinación del Departamento dentro de los límites de la Ley 617 de 2000 menos un punto porcentual. -Resaltado por fuera de texto-

La segunda modificación, aunque transitoria, quedó plasmada en el artículo 17 de la Ley 716 de 24 de diciembre de 2001 "por la cual se expiden normas para el saneamiento de la información contable en el sector público y se dictan disposiciones en materia tributaria y otras disposiciones", que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 17. El límite de gastos previstos en el Artículo noveno de la Ley 617 de 2000 para el año 2001, seguirá en forma permanente, adicionando con las cuotas de auditoría de las empresas industriales y comerciales del estado, áreas metropolitanas, empresas de servicios y sociedades de economía mixta. Los establecimientos públicos hacen parte del presupuesto del departamento."

Es de resaltar que inicialmente se previó que esta disposición tendría aplicación hasta el 31 de diciembre de 2003, pero con ocasión de la expedición de la Ley 863 de 2003 *"por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas"*, el término de su vigencia se amplió hasta el 31 de diciembre de 2005.

La tercera modificación es la prevista en el numeral 2º del literal c) del artículo 8º de la Ley 812 de 26 de junio de 2003 *"por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado Comunitario"*, que para dar desarrollo al programa *"Construir equidad social"* previó:

"Los entes de control contemplados en el inciso tercero del artículo 97 de la Ley 715 de 2001 no podrán cobrar cuota de auditaje por ningún concepto a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) o red hospitalaria. Ente de control que contravenga esta disposición o que esté inmerso en ella incurrirá en causal de mala conducta. Para este caso también tendrán potestad disciplinaria las dependencias de control interno de la respectiva entidad territorial." -Se resalta-

2.4.- De acuerdo con las disposiciones transcritas se tiene que a nivel departamental es necesario distinguir entre el tratamiento dado a los departamentos de las antiguas comisarías y el reconocido para los demás departamentos del país y que tendrá vigencia hasta el año 2005.

En el caso de los departamentos de las antiguas comisarías ha sido decisión del legislador que a los límites de gasto establecidos en la Ley 617 de 2000, modificados temporalmente por lo previsto en el artículo 17 de la Ley 716 de 2001 se les deduzca un punto porcentual y que al valor resultante de esta operación se le adicionen las cuotas de auditaje que deben cancelar las empresas industriales y comerciales del departamento, las áreas metropolitanas, las empresas de servicios y las sociedades de economía mixta.

De igual forma, se debe tener en cuenta que a estas contralorías se les ha prohibido financiarse con los recursos provenientes de las transferencias, así como cobrar cuotas de auditaje a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) o red hospitalaria; estas prohibiciones tienen carácter permanente y, por tanto, tendrán aplicación aún después de la vigencia 2005.

Para la definición del presupuesto de los demás departamentos, la normatividad vigente permite aplicar los porcentajes autorizados por la Ley 617 como límites de gasto para la vigencia 2001, adicionado con las cuotas de auditaje que deben cancelar las empresas industriales y comerciales del

departamento, las áreas metropolitanas, las empresas de servicios y las sociedades de economía mixta. De igual forma se encuentran cobijadas por la prohibición de cubrir los costos del control fiscal con los recursos del sistema general de participaciones, prohibición establecida con carácter permanente.

Es necesario precisar que a éstas contralorías departamentales no las cobija la prohibición establecida por el numeral 2º del literal c) del artículo 8º de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, razón por la cual es posible que cobren cuotas de auditaje a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) o red hospitalaria, sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito, los ingresos por la venta de activos fijos; los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización y, **los recursos provenientes del sistema general de participaciones.**

Es necesario recordar que hacen parte del sistema general de participaciones los recursos que son transferidos por la Nación a las entidades territoriales en aplicación de lo establecido en los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, con el objeto de que puedan financiar los servicios de educación, salud y "de propósito general" a cargo de los departamentos, distritos y municipios.

En relación con los recursos que perciben las entidades prestadoras de servicios de salud en el país, la Corte Constitucional ha realizado algunas precisiones conceptuales que será importante tener en cuenta al momento de establecer qué parte de ellos pueden ser objeto de gravamen, toda vez que por regla general se califican como aportes parafiscales que no pueden estar sometidos a ningún tipo de impuesto, tasa o contribución. Ha indicado la Corte:

"[. . .] 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.

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

Corte¹ 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 redundando 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.

[. . .] 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.

[. . .] 7.1. En el caso específico de las EPS, estas son las entidades responsables de la afiliación y registro de los afiliados y, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, del recaudo de las cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones en el Plan Obligatorio de Salud -POS-. Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del servicio de salud obligatorio y girar la diferencia entre los ingresos por cotizaciones y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación -UPC- al Fosyga.²

¹ 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.

² Ley 100 de 1993, artículos 177 y 178.

7.2. Es de interés precisar que la UPC es la cuota de valor anual que reciben las EPS por cada una de las personas afiliadas, cotizantes o beneficiarias, para garantizar la adecuada prestación de los servicios que ofrece el POS durante ese período de tiempo. Constituye los "ingresos de las Entidades Promotoras de Salud"³ y el centro del equilibrio financiero del sistema obligatorio de salud⁴. La UPC debe ser definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, quien está llamado a establecerla en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería⁵.

7.3. Respecto a las UPC, es decir, respecto de los recursos que manejan y administran las EPS, hay que decir que éstos conservan la naturaleza de parafiscales, y en ningún caso pasan a ser privados, por cuanto se encuentran en el ciclo del uso de los recursos dispuestos para garantizar el servicio de la Seguridad social en Salud. En reciente pronunciamiento, la Corte, interpretando el contenido de las disposiciones que regulan el sistema de seguridad social en salud, y siguiendo el precedente fijado en las Sentencias SU-480 de 1997, C-139 de 1999 y C-363 de 2001, aclaró que los recursos destinados al plan obligatorio de salud pertenecen al sistema, y que no pueden calificarse como rentas propias de las EPS por cuanto no configuran el simple el pago por los servicios administrativos que ellas prestan, sino que fundamentalmente representan el cálculo de los costos para la adecuada prestación del servicio.

A juicio de la Corte, entre las EPS y los recursos del sistema de seguridad social en salud surge una relación indisoluble o inescindible que impide considerar dichos recursos, en algún momento del ciclo en que intervienen, como propios de aquellas. La posibilidad de que las EPS obtengan una legítima ganancia, rendimientos o excedentes, no desvirtúa en modo alguno el carácter parafiscal de los recursos, pues ello es atribuible a la forma como ha sido diseñado el sistema, en el que se admite la participación de entidades privadas, públicas o mixtas. Además, como ya se anotó, los recursos que recaudan y manejan las EPS a través de la UPC, se calculan es sobre la base del estimativo del costo de los servicios, sin mayores consideraciones a la posibilidad de que las EPS obtengan una ganancia. Sobre el punto, manifestó esta Corporación:

[. . .] 'Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire a obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que

³ El artículo 182 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 62 del Decreto 1298 de 1994, del Estatuto Orgánico de Salud, dispone que las UPC son los "ingresos de las Entidades Promotoras de Salud".

⁴ Cfr. Sentencia SU-480 de 1997 y C-828 de 2001.

⁵ Ley 100 de 1993, artículo 182.

pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud'.

En este sentido, las UPC no son recursos que pueden catalogarse como rentas propias de las EPS, porque en primer lugar, las EPS no pueden utilizarlas ni disponer de estos recursos libremente. Las EPS deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS. En segundo lugar, la UPC constituye la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación media el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado." (Sentencia C-828 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

7.4. De acuerdo con las consideraciones precedentes, en la misma Sentencia se sostiene que considerar la UPC como recursos privados o propios de las EPS "es un error que se deriva de equiparar el Plan obligatorio de Salud POS con un contrato tradicional de seguro". En cuanto el objetivo del sistema de seguridad social en salud es privilegiar el subsidio de la demanda, las entidades administradoras actúan como simples intermediarias entre los recursos que manejan y los usuarios del servicio, asimilándose su función a un contrato de aseguramiento especial en el que las EPS asumen el riesgo de la actividad y la administración de los recursos. Pero no se trata de un contrato de seguro clásico. No "porque en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general. Las cotizaciones que hacen los afiliados al sistema de salud no se manejan como cuentas individuales en donde existe una relación conmutativa entre lo que se paga y lo que se recibe. Estos aspectos, de la relación entre afiliados y asegurador distinguen de fondo el contrato de aseguramiento en salud del contrato de seguros tradicional".

7.5. Ahora bien, teniendo en cuenta que los recursos que manejan las EPS dentro del plan obligatorio de salud son parafiscales, y que por mandato constitucional los mismos no deben tener una destinación diferente a la seguridad social, la jurisprudencia constitucional ha venido considerando que éstos no pueden ser gravados a través de la imposición de tributos, pues ello constituye una clara violación a la previsión contenida en el artículo 48 de la Constitución Política. Para la Corte, sólo los recursos que se captan por fuera del plan obligatorio de salud, a título de sobreaseguramiento o planes complementarios, son considerados rentas propias de las EPS, y por lo tanto, no tienen la naturaleza de recursos parafiscales pudiendo ser objeto de gravámenes

^o Sentencia C-828, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

en los términos en que lo defina la ley. Al respecto, se lee en la Sentencia C-828 de 2001:

"Otra cosa diferente son los recursos que tanto las EPS como las IPS captan por los pagos de sobreaseguramiento o planes complementarios que los afiliados al régimen contributivo asumen a mutuo propio, por medio de un contrato individual con las entidades de salud para obtener servicios complementarios, por fuera de los previstos en el POS. Estos recursos y todos los demás que excedan los recursos exclusivos para prestación del POS son rentas que pueden ser gravadas con impuestos que den, a los recursos captados, una destinación diferente a la Seguridad Social. Las ganancias que las EPS y las IPS obtengan por la prestación de servicios diferentes a los previstos legal y jurisprudencialmente⁷ como Plan Obligatorio de Salud no constituyen rentas parafiscales y por ende pueden ser gravados."⁸ - Se resalta y subraya por fuera del texto original-

- 2.5.- Para el caso de las contralorías municipales es preciso tener en cuenta que el límite de gastos de estos organismos tan sólo está constituido por el valor que arroje la aplicación del porcentaje autorizado sobre los ingresos corrientes de libre destinación del distrito o municipio.

Lo anterior significa, que el resultado de la aplicación del porcentaje autorizado sobre los ingresos corrientes de libre destinación constituye la suma máxima que puede ser reconocida para gastos de funcionamiento de las contralorías por parte de los concejos distritales y municipales. De allí que la suma de las transferencias que deben realizarse por el sector central y descentralizado a favor de las contralorías distritales y municipales en ningún caso puede superar el valor arrojado por la operación matemática descrita, ni puede comprender la liquidación de cuotas de auditaje calculadas sobre los recursos del sistema general de participaciones.

En relación con las cuotas de fiscalización se debe precisar que al igual de lo que ocurre en la gran mayoría de departamentos, a ellas no las cobija la prohibición establecida por el numeral 2º del literal c) del artículo 8º de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, razón por la cual es posible que cobren cuotas de auditaje a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) o red hospitalaria, sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito, los ingresos por la venta de activos fijos; los activos, inversiones y rentas titularizados, así

⁷ Para la definición jurisprudencial de aspectos que debe contemplar el POS se puede consultar entre otras la sentencia T-108 de 1999.

⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-655 de 5 de agosto de 2003. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

como el producto de los procesos de titularización y, los recursos provenientes del sistema general de participaciones. Lo anterior siempre que el valor de las cuotas de auditaje sumadas a las transferencias realizadas por el sector central, no superen los porcentajes de participación establecidos en la Ley 617 de 2000 sobre los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo ente territorial.

3.- Conclusiones.-

- 3.1.- En respuesta a su solicitud se debe concluir que la restricción establecida en el numeral 2° del literal c) del artículo 8° de la Ley 812 de 26 de junio de 2003 sólo se aplica a las contralorías departamentales de las antiguas comisarias, esto es, a las contralorías de los departamentos de Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada.

Esto implica que la advertencia formulada por la Auditora General de la República en la Circular Externa AG No. 12-04 de 27 de abril de 2004, sólo aplica a las contralorías departamentales de Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada.

- 3.2.- La posibilidad de cobrar cuotas de auditaje a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) o red hospitalaria que conservan las demás contralorías se debe efectuar dentro del marco legal vigente y, por tanto, su base estará constituida por el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito, los ingresos por la venta de activos fijos; los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización y, **los recursos provenientes del sistema general de participaciones**. En esta operación adicionalmente se deberán tener en cuenta las precisiones hechas por la Corte Constitucional en relación con los recursos generados por el sistema de seguridad social.
- 3.3.- Para el caso de las contralorías municipales también se deberá tener en cuenta que el monto que puede ser autorizado para gastos de funcionamiento corresponde al porcentaje de participación sobre los ingresos corrientes de libre destinación autorizado por la Ley 617, liquidado conforme a los parámetros establecidos en el Decreto 192 y la Ley 715, ambos de 2001.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo y con base en la información que ha sido suministrada por usted a este Despacho.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, me suscribo de usted,

Atentamente,


AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica

c.c. Dra. Clara Eugenia López Obregón
Auditora General de la República

DPA