

Sentencia C-254/10

(Abril 16; Bogotá D.C.)

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA EN DECLARACION DE EMERGENCIA-Configuración

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha mencionado que una inconstitucionalidad por consecuencia se presenta a causa de la desaparición del instrumento jurídico a través del cual el Presidente de la República se reviste de facultades de excepción, incluidas las de legislador temporal a través de decretos con fuerza de ley. Excluida la norma de autohabilitación por decisión de inexequibilidad, los decretos legislativos dictados a su amparo han de correr igual suerte. Cuando tal situación se presenta, la Corte Constitucional no puede entrar en el análisis de forma y fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues todos carecen de causa jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente de que las normas que consagran, consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse a la Constitución.

Referencia: Expediente RE-153

Revisión de constitucionalidad del Decreto legislativo No 4976 del 23 de diciembre de 2009, “Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos que permitan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la población beneficiaria y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

I. ANTECEDENTES

1. Como lo ordena la Carta Política en el artículo 215 y lo establece la Ley 137 de 1994, el Presidente de la República en nombre del Gobierno envió a la Corte Constitucional, al día siguiente de su expedición, el Decreto Legislativo No. 4976 del 23 de diciembre de 2009, “Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos que permitan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la población beneficiaria y se dictan otras disposiciones”, expedido en el marco del Estado de Emergencia declarado mediante Decreto 4975 de 23 de diciembre de 2009, de conformidad con lo establecido en el artículo 215 de la Carta Política y con la Ley 137 de 1994. Texto del decreto legislativo:

DECRETO 4976 DE 2009

(Diciembre 23)1

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

“Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos que permitan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la población

beneficiaria y se dictan otras disposiciones”.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4975 de 2009 y

CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto 4975 de 2009, el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el propósito de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que amenaza con la parálisis en la prestación de los servicios de salud y el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de todos los habitantes del territorio nacional.

Que algunas entidades responsables de la prestación de servicios de salud a la población afiliada al Régimen Subsidiado, han manifestado que existe el riesgo de interrumpir la prestación de dicho servicio, como consecuencia de las fallas y demoras que se han evidenciado durante los últimos meses en el flujo de los recursos, demostradas en la existencia de una cartera importante por cobrar y en la demora en el pago de los servicios adeudados, todo lo cual se ha generado, entre otros, por el crecimiento desbordado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Que el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, comprometen de manera significativa los recursos destinados al aseguramiento, generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas EPS'S e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por ende, amenaza su viabilidad, poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida.

Que los departamentos y el Distrito Capital, han informado al Gobierno Nacional sobre un incremento significativo en el número de los medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y prevén, o algunos ya padecen, un grave déficit de recursos para la prestación de estos servicios, así como de los servicios de las personas pobres y vulnerables no aseguradas.

Que adicional a todo lo anterior, algunos de los recursos disponibles para la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no se han podido incorporar al flujo de recursos, en consideración a que resultan insuficientes los trámites y procedimientos legales previstos para su reconocimiento y en algunos casos, a la inexistencia de mecanismos expeditos para la solución de controversias entre los diferentes actores, agravando el problema de iliquidez de las EPS'S e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Que por lo anterior, se hace necesario que el Gobierno Nacional adopte de manera urgente y

preventiva, en el marco de la emergencia social las siguientes medidas con fuerza de ley para intervenir de manera inmediata los recursos provenientes de los saldos de liquidación de contratos, rentas cedidas, en poder de los diferentes actores del Sistema, liberando y recuperando recursos que permitan generar liquidez y pagar las deudas de manera urgente y prioritaria, garantizando la continuidad y la prestación de los servicios de salud de la población afiliada al Régimen Subsidiado.

Que existen recursos provenientes de la liquidación de contratos del Régimen Subsidiado, los cuales no han podido ser utilizados en el Sistema pese a la previsión contenida en el artículo 17 de la Ley 1122 de 2007 en virtud de la cual se definió un término para que los gobernadores y alcaldes liquidaran de mutuo acuerdo con las EPS'S los contratos firmados para su operación.

Que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, tendientes a agilizar el proceso de liquidación de contratos del Régimen Subsidiado y a establecer el monto de los recursos excedentes, fueron insuficientes para lograr la liquidación de los contratos y consecuentemente la reinversión total de estos recursos en el Sistema.

Que se hace necesario destinar dichos recursos al pago de las deudas de las Entidades Territoriales con las EPS'S y de estas con su red prestadora y, además, se requiere destinar recursos al pago de eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado requeridos por la población afiliada a dicho régimen.

Que dado que existe un grave riesgo de parálisis en la prestación de los servicios de salud y que algunas entidades territoriales tienen garantizada la continuidad de la afiliación al Régimen Subsidiado de Salud con fuentes distintas a los recursos que, del 25% de las rentas cedidas del año 2009 no fueron aplicadas por razón de la vigencia del periodo de contratación del Régimen Subsidiado que inició en abril de 2009, dichos recursos no aplicados se podrán destinar a la financiación de la atención de la población pobre y vulnerable no asegurada y a la cobertura de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado a la población afiliada a dicho régimen.

Que con fundamento en lo anteriormente expuesto, se requiere adoptar medidas excepcionales tendientes a liberar recursos que permitan mitigar los riesgos que amenazan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de dicha población.

DECRETA:

CAPITULO I.

RECURSOS DE LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO.

ARTÍCULO 1o. TÉRMINO PARA LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS. Los gobernadores y/o alcaldes y las EPS'S procederán en el término de dos (2) meses calendario contados a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, a liquidar de mutuo acuerdo los contratos suscritos con anterioridad al 1o de abril de 2008, con base en los soportes que validan las novedades presentadas durante la ejecución del contrato. La Superintendencia

Nacional de Salud deberá instruir los soportes necesarios para estos efectos. En ausencia o deficiencia de estos soportes, se tendrán en cuenta los afiliados que se hayan pagado por capitación a la red prestadora de primer nivel en el período correspondiente, debiendo las partes, dentro de los quince (15) días calendario siguientes al vencimiento de dicho término, desembolsar los respectivos recursos.

En todo caso, en el proceso de liquidación se restarán, si hubiere lugar a ello, los recursos que por otras fuentes nacionales o territoriales hayan recibido las IPS a nombre de las EPS'S incluidos entre otros, los recursos destinados por el artículo 45 de la Ley 1151 de 2007.

Si como consecuencia de la liquidación de los contratos resultaren valores a favor de la EPS'S por concepto del aseguramiento, éstos deberán ser girados directamente a la red prestadora por parte de la Entidad Territorial en el evento que la EPS'S tenga deudas con esta, o a la EPS'S, si es del caso.

De presentarse recursos a favor de la Entidad Territorial, deberán ser destinados para la financiación de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud de la población afiliada al Régimen Subsidiado, para lo cual, los municipios transferirán, sin más requisitos, los saldos de liquidación a los departamentos en un término no mayor a quince (15) días calendario, contados a partir del vencimiento del plazo de liquidación de mutuo acuerdo a que se refiere el presente artículo. Los distritos y departamentos efectuarán los traslados a las cuentas correspondientes.

De no liquidarse los contratos, la EPS'S presentará a la Entidad Territorial dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que trata el inciso primero del presente artículo, un acta de liquidación que contenga los valores de liquidación resultantes de la documentación soportada por la EPS'S y los valores definidos a partir de la capitación realizada por la EPS'S a la red prestadora del primer nivel. La Entidad Territorial pagará el menor valor de dicha acta, dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término contemplado en el presente inciso, pago que se realizará con los recursos disponibles en las cuentas maestras de la respectiva Entidad Territorial -Subcuenta Régimen Subsidiado, considerando todas las fuentes que financian dicho régimen, y/o recursos propios de libre destinación de la entidad territorial, garantizando lo señalado en el artículo 3º del presente decreto.

PARÁGRAFO. En ningún caso el valor a pagar podrá ser superior al que tenga registrado en las cuentas por cobrar la EPS'S para cada Entidad Territorial en los Estados Financieros reportados a la Superintendencia Nacional de Salud, con corte a 31 de diciembre de 2007 y respecto del primer trimestre de 2008 según la información remitida en cumplimiento de la Circular Externa 047 de 2003 modificada por la 049 de 2008.

ARTÍCULO 2o. DEUDAS POR CONCEPTO DE CONTRATOS LIQUIDADOS. El monto a favor de la EPS'S, contenido en el acta de liquidación bilateral de los contratos de administración del Régimen Subsidiado o en el acto de liquidación unilateral expedido por la entidad territorial, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto no haya sido girado a la EPS S, deberá serlo dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición del presente decreto por la Entidad Territorial, directamente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en el caso en que las EPS'S les adeude recursos y el monto restante, si hubiere lugar a ello, a

éstas últimas dentro del mismo plazo.

ARTÍCULO 3o. PROHIBICIONES. Las Entidades Territoriales no podrán efectuar el pago de las obligaciones derivadas de la aplicación de los artículos anteriores, con los recursos destinados por ley para financiar la afiliación al Régimen Subsidiado de los periodos contractuales en ejecución a la fecha de expedición del presente decreto.

ARTÍCULO 4o. GIRO DIRECTO. En el caso de que la Entidad Territorial no gire los recursos adeudados a las EPS'S de conformidad con el procedimiento y plazos establecidos en los artículos precedentes, se considerará esta omisión como causal para la aplicación de la medida de giro directo a que se refieren las normas vigentes.

ARTÍCULO 5o. CADUCIDAD. Para todos los efectos legales la caducidad de las acciones legales procedentes de la liquidación de contratos que se liquiden de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del presente decreto, se contará a partir de la liquidación elaborada en los términos aquí señalados.

CAPITULO II.

RENTAS CEDIDAS.

ARTÍCULO 6o. DESTINACIÓN EXCEPCIONAL DE RENTAS CEDIDAS. De manera extraordinaria y por una única vez, los departamentos y el Distrito Capital, podrán destinar a la financiación de la atención de la población pobre y vulnerable no asegurada y a la cobertura de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado a la población afiliada a dicho régimen, los recursos no aplicados del 25% de las rentas cedidas del año 2009 por razón de la vigencia del periodo de contratación del Régimen Subsidiado que inició en abril de 2009, siempre y cuando a la fecha de expedición del presente decreto, tales recursos no se encuentren comprometidos en la cofinanciación de la continuidad de la afiliación al régimen subsidiado.

ARTÍCULO 7o. UTILIZACIÓN DE RECURSOS DE SALDOS DE LIQUIDACIÓN POR PARTE DE LAS DIRECCIONES DEPARTAMENTALES DE SALUD. Las entidades territoriales que reciban saldos de liquidación o excedentes de que trata el presente Decreto, deberán utilizarlos en el pago de obligaciones originadas en la prestación de servicios no contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y atención de la población pobre y vulnerable no cubierta con subsidios a la demanda, teniendo en cuenta el siguiente orden de prelación:

a) A las EPS'S que hayan cubierto servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado de Salud y demuestren el cumplimiento de los procedimientos que definidos para el efecto. La EPS'S podrá acudir a mecanismos de pago tales como la subrogación o cesión de créditos.

b) A las IPS públicas o privadas que se encuentren acreditadas.

c) A las IPS públicas o privadas que hacen parte de la red de prestación de servicios definida por la entidad territorial, incluidas aquellas que operan por fuera de la jurisdicción del

departamento o distrito.

d) A las IPS públicas o privadas que no hacen parte de la red de prestación de servicios definida por la entidad territorial, incluidas aquellas que operan por fuera de la jurisdicción del Departamento o Distrito.

e) A los operadores de IPS públicas que sean objeto de procesos de intervención o liquidación.

Todo servicio que se pretenda pagar con los recursos de que trata el presente artículo, deberá estar certificado por el acreedor y debidamente auditado y ajustado a tarifas promedio de mercado con el deudor, sujeto al control posterior por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. Para tal efecto el Gobierno Nacional publicará lo correspondiente a las tarifas promedio del mercado.

ARTÍCULO 8o. VIGILANCIA Y CONTROL. Le compete a la Superintendencia Nacional de Salud dentro de sus funciones propias de inspección, vigilancia y control poner en conocimiento de los demás entes de control para lo de su competencia, el incumplimiento de los gobernadores y/o alcaldes a las previstas en el presente decreto.

ARTÍCULO 9o. VIGENCIA. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase:

Dado en Bogotá, D. C., a 23 de diciembre de 2009

El Ministro del Interior y de Justicia,

FABIO VALENCIA COSSIO.

El Ministro de Relaciones Exteriores,

JAIME BERMÚDEZ MERIZALDE.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR.

El Ministro de Defensa Nacional,

GABRIEL SILVA LUJÁN.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

ANDRÉS DARÍO FERNÁNDEZ ACOSTA.

El Ministro de la Protección Social,

DIEGO PALACIO BETANCOURT.

La Viceministra de Minas y Energía, encargada de las funciones del despacho del Ministro de

Minas y Energía,

SILVANA GIAIMO CHÁVEZ.

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo,

LUIS GUILLERMO PLATA PÁEZ.

La Viceministra de Educación Preescolar Básica y Media encargada de las funciones del Despacho de la Ministra de Educación Nacional,

ISABEL SEGOVIA OSPINA.

El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,

CARLOS COSTA POSADA.

La Ministra de Comunicaciones,

MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA.

El Ministro de Transporte,

ANDRÉS URIEL GALLEGO HENAO.

La Ministra de Cultura,

PAULA MARCELA MORENO ZAPATA.

2. Mediante sentencia C-252 de 20102 (abril 16) la Corte Constitucional declaró inexecutable el Decreto 4975 de 23 de diciembre de 2009, por el cual el Presidente de la República declaró el Estado de Emergencia.

I. CONSIDERACIONES.

1. Inconstitucionalidad por consecuencia.

Con base en las atribuciones excepcionales que consagra el artículo 215 de la Constitución Política, el Presidente de la República puede expedir Decretos Legislativos en desarrollo del Decreto por medio del cual se declara el Estado de Emergencia, entre los cuales se encuentran aquellos que plasman las medidas encaminadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional³ ha mencionado que una inconstitucionalidad por consecuencia se presenta a causa de la desaparición del instrumento jurídico a través del cual el Presidente de la República se reviste de facultades de excepción, incluidas las de legislador temporal a través de decretos con fuerza de ley. Excluida la norma de autohabilitación por decisión de inexecutable, los decretos legislativos dictados a su amparo han de correr igual suerte.

Cuando tal situación se presenta, la Corte Constitucional no puede entrar en el análisis de forma y fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues todos carecen de causa jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente de que las normas que consagran, consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse a la Constitución.

2. El Decreto Legislativo No. 4976 del 23 de diciembre de 2009.

Al haber desaparecido del ordenamiento el fundamento jurídico que sirvió de sustento a la expedición del Decreto Legislativo No. 4976 del 23 de diciembre de 2009, éste deviene en inconstitucional.

Adicionalmente, este decreto legislativo no regula lo referente a fuente tributaria de financiación alguna, que fundamente el diferimiento de los efectos de inexecutable.

Por lo tanto, la Corte declarará inexecutable el Decreto materia de revisión, sin entrar a analizar su contenido.

I. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase INEXECUTABLE el Decreto Legislativo 4976 de 2009, por consecuencia.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Aclaración de voto

Magistrado

Aclaración de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-254 DE 2010

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Efectos de la Inexequibilidad (Aclaración de voto)

REF: Expediente RE-153

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 4976 del 23 de diciembre de 2009 “por el cual se medidas excepcionales con el fin de liberar recursos que permitan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la población beneficiaria y se dictan otras disposiciones”

Magistrada Ponente:

Mauricio González Cuervo

En primer lugar, es necesario reiterar brevemente los argumentos del salvamento parcial de voto expresado en la sentencia C-252 de 2010 en relación con la decisión de diferir los efectos de la inconstitucionalidad del decreto 4975 de 2009, declaratorio de la emergencia social, respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación. Como señalé en aquella oportunidad, el uso del efecto diferido en una decisión de inconstitucionalidad de un decreto declaratorio de un estado de excepción avala una práctica

sumamente nociva para el funcionamiento democrático de nuestras instituciones, práctica de conformidad con la cual el poder ejecutivo decreta un estado de excepción que incumple con los presupuestos fáctico y de suficiencia, razón por la cual asume que será declarado inconstitucional, pero, amparado en la gravedad de la situación, espera que los efectos de esta inexecutable se difieran, consiguiendo así suplantar, al menos por un tiempo, al órgano legislativo en la expedición de normas jurídicas con fuerza de ley con un compromiso importante del principio de separación de poderes. Adicionalmente, el diferimiento de los efectos de una inconstitucionalidad es una escisión inaceptable del juicio de validez de la norma jurídica y de los efectos del mismo. Ello priva de toda eficacia a la decisión de inexecutable, pues aunque formalmente se retira del ordenamiento jurídico la disposición, por ser contraria al artículo 215 de la Carta Política, ésta sigue produciendo efectos. En otras palabras, se permite que una norma inconstitucional siga produciendo efectos jurídicos, con lo cual no habría diferencia alguna entre declararla executable o inexecutable, situación que se agrava si se está en el marco de un estado de excepción.

En segundo lugar, específicamente en relación con el proceso de la referencia, aclaro mi voto frente a una de las consideraciones contenida en el fallo. En la sentencia se indica que “este decreto legislativo no regula lo referente a fuente tributaria de financiación alguna, que fundamente el diferimiento de los efectos de inexecutable. Con esta afirmación, se hace un juicio de fondo sobre una norma que simplemente ha debido declararse inconstitucional por consecuencia y sobre la que, por tanto, no procedía un análisis ni material ni formal. Esta contradicción es consecuencia directa de los efectos paradójicos que genera, a mi juicio, la utilización del efecto diferido en la decisión de inconstitucionalidad de un decreto declaratorio de estado de excepción.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Y JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA C-254 DE 2010

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE SALUD-Inexecutable diferida (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE SALUD-Efectos diferidos (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Alcance (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE SALUD-Sentencia diferida ultra activa desconoce los fundamentos constitucionales de la ratio decidendi (Aclaración de voto)

Referencia: expediente R.E.153

Revisión constitucional del Decreto Legislativo número 4976 del 23 de diciembre de 2009, "Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos que permitan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la población beneficiaria y se dictan otras disposiciones."

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional procedemos a hacer explícitas las consideraciones que nos llevaron a aclarar el voto sobre la sentencia C-254 de 2010, que atiende específicamente la afirmación consistente en que al no haber regulado el Decreto 4976 de 2009 fuentes tributarias de financiación no se hacía necesario entrar a diferir los efectos de la sentencia de inexecuibilidad.

Los argumentos que soportan nuestra aclaración de voto parten de señalar que en la sentencia C-252 de 2010 se declaró inexecutable la declaración del estado de emergencia social en salud, sin embargo, como la mayoría de la Corte dispuso a renglón seguido conceder efectos diferidos a los decretos de desarrollo que instituyeran fuentes tributarias de financiación, nos llevó a salvar parcialmente el voto, y de ahí que ahora procedamos a aclarar el voto aunque participemos de la inexecuibilidad por consecuencia del presente decreto.

Por lo tanto, reafirmamos las consideraciones que nos llevaron a salvar parcialmente el voto sobre el decreto matriz toda vez que recoge acertadamente los argumentos que nos permiten hoy aclarar el voto:

"1. Nuestra discrepancia radica esencialmente con el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia que dispuso: "Los efectos de la presente sentencia respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación se determinarán de acuerdo con el considerando 7.3."

Dicha determinación se fundamentó, para la mayoría de la Sala Plena, en que al reconocerse la presencia de una situación que reviste de "gravedad" en materia de sostenibilidad financiera del sistema de salud, se justifica que algunos decretos de desarrollo puedan mantener una vigencia temporal, concretamente los que establecen fuentes tributarias de financiación, para no hacer más gravosa la situación y poder garantizar de forma provisoria mayores recursos. También se indicó que frente al vacío legislativo que acontece por la declaración de inconstitucionalidad sobreviniente se generarían mayores consecuencias para la prestación adecuada y oportuna del servicio, y el goce efectivo del derecho, lo cual, encuentran, hace indispensable conceder un plazo adicional, así como prever el destino de tales recursos y control de los mismos.

2. Quienes nos apartamos de los anteriores razonamientos consideramos que la Corte termina contradiciendo su propia sentencia en cuanto al objeto de protección y garantía constitucional como lo fue el respeto por los principios democrático, participativo y de

separación de poderes, que fundamentan el Estado de derecho (arts. 1º y 113 superiores).

3. Debemos empezar por señalar que este Tribunal ha recurrido a la modalidad decisoria de "inexequibilidad diferida" bajo unas precisas condiciones y circunstancias, que pueden sintetizarse así: i) el carácter excepcional de su empleo, ii) ha de constituir la única alternativa para la defensa integral del orden constitucional, iii) no está sujeta a valoraciones de conveniencia o políticas, iv) tiene que estar motivada y suficientemente justificada, y v) debe constatar que la inexequibilidad inmediata ocasiona un vacío legal tan traumático que la situación constitucionalmente sería más grave que el mantenimiento en el ordenamiento jurídico de la normatividad acusada, por lo cual el Tribunal establece un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad.⁴

Los casos en que esta Corporación ha apelado de manera estricta a esta modalidad decisoria lo han sido, en términos generales, para periodos de normalidad institucional, esto es, de no alteración del orden público.⁵ Ello sin desconocer su referencia en los estados de excepción pero circunscrito a si la inconstitucionalidad sobreviniente del decreto de desarrollo tiene efectos hacia el futuro (a partir de la sentencia) o pueden retrotraerse a la expedición del decreto, o incluso a partir de la sentencia que declaró inexequible el decreto declaratorio.⁶

4. En lo concerniente al alcance del control de constitucionalidad sobre los estados de excepción, la Corte ha manifestado que debe ser especialmente rigurosa -en principio un juicio estricto de constitucionalidad- atendiendo la invasión de la órbita del legislador ordinario y la restricción que pueda conllevar de las libertades ciudadanas. Ha afirmado que como a la declaratoria del estado de excepción le es consustancial un rediseño transitorio del funcionamiento del Estado, el Constituyente fue particularmente metódico en estipular controles jurídicos y políticos para contrarrestar los eventuales excesos del Ejecutivo, mantener el sistema democrático, salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos, y garantizar el disfrute pleno de los derechos y libertades ciudadanas.⁷

Además, el artículo 215 de la Constitución preceptúa que los decretos de desarrollo que se expidan podrán "en forma transitoria" establecer nuevos tributos o modificar los existentes, precisando que en estos últimos casos las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente. Debe observarse que la "temporalidad" que se establece sólo respecto de las "medidas tributarias" (la regla general es la vigencia indefinida) busca en palabras de la Corte salvaguardar el principio democrático (no suplantación definitiva de la voluntad popular y la democracia representativa), esto es, evitar el abuso del poder dada la máxima de que "no hay tributo sin representación" (principio de legalidad).⁸

5. En el presente asunto, la Corte acogió por unanimidad la declaración de inexequibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009 que declaró el estado de emergencia social en salud, tal como consta en el numeral primero de la parte resolutoria, que tuvo como fundamento esencial:

* La inexistencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios por la presencia de una problemática estructural, generada de tiempo atrás y recurrente que concierne al diseño,

organización y sostenibilidad del sistema de salud en Colombia, además de que no pudo evidenciarse una agravación rápida e inusitada de un fenómeno ya existente. Específicamente, sobre la sostenibilidad financiera se expuso con base en sentencias del Consejo de Estado y de este Tribunal Constitucional la importancia de liberar recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga y de la regresividad que algunas medidas legislativas presupuestales hubieran representado para la población subsidiada de no declararse su inexequibilidad. Las situaciones de abuso, evasión, elusión, ineficiencia administrativa y corrupción expuestas en el decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud y las pruebas acopiadas llevaron a la Corte a señalar el deber de atacar las causas que propician el desequilibrio financiero antes que sus consecuencias, con políticas estables y profundas cuidadosamente diseñadas y razonadas, pues, de lo contrario sería realizar grandes esfuerzos fiscales para tratar de llenar un saco roto.

* Para esta Corporación si bien la valoración que hizo el Ejecutivo sobre la “gravedad” de la perturbación del orden social no resulta arbitraria, ni producto de un error manifiesto por las dimensiones que ha alcanzado con el transcurrir del tiempo la problemática estructural en salud en lo que concierne a la sostenibilidad financiera, ello no se muestra con la misma claridad respecto de la “inminencia” que debe demostrarse por no haberse acreditado suficientemente la existencia de un serio peligro o la materialización en cualquier momento de un colapso del sistema, ni que se esté ante una situación insalvable o incontenible.

* También pudo comprobarse la existencia de un marco de competencias y de poderes ordinarios suficientes con vista a prevenir y corregir la problemática estructural que se presenta en el sistema de salud, los cuales consideró la Corte que pudo haberse empleado desde el primer momento por el Ejecutivo y puede hoy en día hacerlo. Concretamente refirió a la imperiosa necesidad de acudir al proceso de discusión pública, esto es, al foro democrático por excelencia que es el Congreso de la República, en virtud de los principios de separación de poderes, democrático, participativo y pluralista, a efectos de tratar lo correspondiente al diseño, la organización y la sostenibilidad financiera del sistema. Recalcó esta Corte que incluso a corto plazo el Gobierno cuenta con un marco de atribuciones ordinarias (trámite de leyes) que puede ejercer con mensaje de urgencia, además de las que dispone directamente en ejercicio de la potestad reglamentaria, para atender con la mayor prontitud y profundidad posible la situación deficitaria presupuestal. Adicionalmente, dispuso que tal problemática estructural fuera abordada en el Plan Nacional de Desarrollo, como también permitió residualmente el recobro por los entes territoriales ante el Fosyga de los servicios y medicamentos no POS-S que se requieren con necesidad, al igual que requirió a los órganos de control para que evitaran la dilapidación de los recursos de la salud.

En esa medida, para la Corte al no cumplirse ninguna de las exigencias previstas en el artículo 215 de la Constitución para la declaratoria del estado de emergencia social en salud, esto es, los presupuestos fáctico, valorativo y de suficiencia de los medios ordinarios (observancia concurrente para superar el juicio de constitucionalidad), la Corte procedió de forma unánime a declarar la inexequibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009.

6. Es claro para la Corte, entonces, que frente a la inexecutableidad del decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud los decretos de desarrollo devienen en inconstitucionales. Así lo ha sostenido este Tribunal al indicar que cuando se declara la inconstitucionalidad de un decreto legislativo (estados de excepción) que constituye el origen, la causa o el fundamento jurídico para la expedición de otros decretos, deben igualmente desaparecer del ordenamiento jurídico los que se expidieron en su desarrollo por ausencia de base jurídica, siempre que exista una relación de causa a efecto entre la norma causal y la derivada.⁹ Ha dicho este Tribunal:

“declarada la inexecutableidad del decreto básico, el Presidente de la República queda despojado de toda atribución legislativa derivada del estado de excepción y, por ende, ha perdido la competencia para dictar normas con fuerza de ley.”¹⁰ Negrillas al margen del texto transcrito en comentario.

7. La modalidad decisorial de efectos diferidos acogida por la mayoría de la Sala Plena se muestra lejana a la observancia de los postulados constitucionales toda vez que una lectura holística permite apreciar que bajo la expedición de un decreto declaratorio de “estado de excepción” -anormalidad institucional, emergencia social en salud-, que implica un juicio estricto de constitucionalidad -invasión de las atribuciones del legislador ordinario- y es declarado inexecutable por haber desconocido el principio democrático, además del participativo y de división de poderes que son expresiones del Estado de derecho, la Corte haya recurrido a una modalidad de sentencia sobre los decretos de desarrollo que resulta de uso “excepcional” por los tribunales constitucionales -efectos diferidos de carácter “ultra activos-”, que comporta mantener vigente un decreto emitido por el Ejecutivo sin que se hubieren presentado las circunstancias para su expedición, en periodos de no alteración del orden público, respecto de una materia tributaria cuya vigencia por disposición del Constituyente es efímera -regla general es la contraria, vigencia indefinida-, que busca salvaguardar igualmente el principio democrático -no hay tributo sin representación, principio de legalidad-.

8. El anterior esquema expositivo nos permite concluir a quienes salvamos el voto sobre el numeral segundo de la sentencia C-252 de 2010, en el desconocimiento de una línea jurisprudencial pacífica y consistente que termina por flexibilizar hasta desaparecer el juicio estricto de constitucionalidad, sin que se hubiere expuesto mayores fundamentos jurídicos, además de también verificarse la existencia de una contradicción argumentativa que termina por descartar el objeto de garantía constitucional que motivó la sentencia de inconstitucionalidad.

8.1. Respecto de una de las formas de estado de excepción (declaratoria del estado de emergencia social en salud) encontrada inexecutable, la mayoría de la Corte procedió a emplear una modalidad de sentencia sobre algunos decretos de desarrollo que resulta de uso extraordinario, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, que la ha limitado implícitamente en su aplicación para tiempos de normalidad institucional (efectos diferidos ultra activos) y que concierne a una materia de regulación transitoria (carácter temporal de las normas tributarias) y no permanente (regla general), sin que se hubieren expuesto

mayores razonamientos constitucionales para llegar a tal determinación.

8.2. La aplicación de la modalidad de sentencia diferida ultra activa termina por desconocer en un grado significativo los fundamentos constitucionales -ratio decidendi- que llevaron de manera unánime a la Corte a declarar la inexecutable del decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud, centrada en el respeto por el principio democrático como espacio de razón pública.

8.3. Al permitirse que continúen vigentes algunos decretos de desarrollo se termina generando un contra argumento a la sentencia de inconstitucionalidad. Como se ha explicado y aunque resulte insistente, no fueron encontradas válidas a la luz de la Constitución los hechos que adujo el Gobierno para la declaratoria del estado de emergencia por cuanto pudo determinarse que:

i) se está ante una problemática estructural que concierne al diseño, organización y sostenibilidad financiera del SGSSS11 (atribución legislativa) sin que pueda observarse la adopción de medidas legislativas profundas para su atención oportuna, ii) se presentan situaciones de abuso, ineficiencia administrativa y corrupción que desequilibran aún más la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que debe controlarse el destino de los recursos públicos, iii) no logró demostrarse una inminencia en la perturbación del orden social o de una situación insalvable o incontenible, y iv) se dispone de un marco de competencias ordinarias a corto, mediano y largo plazo, suficientes para prevenir y corregir la problemática en salud con oportunidad y eficiencia (diseño de las políticas públicas en salud), lo cual por la materia que incumbe debe agotar indefectiblemente el camino de la democracia, el proceso de discusión pública, el trámite participativo y pluralista ante el Congreso, todo en la búsqueda del respeto por los derechos de los usuarios del servicio de salud.

Entonces, cómo es posible sostener bajo una modalidad decisoria ultra activa, que luego de la comprobación constitucional de la inacción del Estado para establecer unas políticas profundas, serías y estables en salud reconocida además por los actores de la salud, del desgüeño administrativo y corrupción campeante sobre los recursos de la salud expuesta por el Gobierno y aceptada igualmente por los agentes de la salud, y de haberse encontrado finalmente por la Corte inconstitucional el decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud por sustituir uno de los pilares del Estado de derecho como lo es el principio democrático, deba premiarse por el mismo garante de la Constitución tal situación manteniendo temporalmente algunas medidas extraordinarias tributarias que al rompe puede apreciarse que deben obedecer con mayor ahínco a la expresión de la voluntad popular y la democracia representativa bajo un proceso de discusión pública ante el Congreso (art. 215 superior).

8.4. Si el motivo de la inconstitucionalidad fue la inobservancia del principio democrático del cual emerge un proceso de discusión pública que busca garantizar la participación, el pluralismo y la publicidad, en correspondencia con los principios de soberanía popular y de separación de poderes, no es posible entender que la mayoría de la Sala Plena haya optado por habilitar constitucionalmente una modalidad de decisión que termina por desvirtuar el mismo objeto de protección constitucional acogido por unanimidad de la Corte. Ha de reiterarse que la procedencia de las sentencias de inexecutable diferida o de

constitucionalidad temporal se ha limitado en tiempos de normalidad del Estado a que constituya “la única alternativa que posibilite la defensa integral del orden constitucional. No se trata entonces de una decisión sujeta a valoraciones políticas o de conveniencia, sino [e]l resultado de un estudio de los efectos del fallo de inexecutable sobre las normas constitucionales.”¹²

8.5. Si bien la Corte reconoció la “gravedad” de la situación financiera que atraviesa el sistema de salud, ello lo fue bajo el contexto de la inexistencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios, de la no acreditación de una inminencia (requisito concurrente con la gravedad para configurar el presupuesto valorativo) y de la existencia de un conjunto de atribuciones ordinarias para conjurar la problemática integral en salud (trámite de ley ordinaria con mensaje de urgencia).

8.6. Al disponer la mayoría de la Sala Plena sobre los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias de financiación i) un plazo determinado de vigencia, ii) cuál será el destino de los recursos y iii) la adecuada vigilancia por los órganos de control, termina la Corte efectuando un juicio de constitucionalidad material sobre lo que resulta inconstitucional por consecuencia pero diferido en el tiempo, a más de que entra a modificar el contenido normativo del decreto en una especie de “executable condicionada”. El planteamiento expositivo empleado por la mayoría de la Sala Plena permite colegir que los decretos de desarrollo que en virtud de la modulación de la sentencia mantendrían su vigencia transitoria, tampoco hubieran superado el más flexible control de constitucionalidad.

8.7. Incluso partiendo del supuesto de la procedencia de los efectos diferidos ultra activos en los estados de excepción, no se cumplirían los presupuestos que se han instituido para su procedencia en periodo de normalidad institucional (deberían resultar aún más rigurosos para los periodos de alteración del orden público), toda vez que el Gobierno siempre ha dispuesto constitucional y legalmente de diversas atribuciones ordinarias como la iniciativa legislativa con mensaje de urgencia, además del ejercicio de la potestad reglamentaria, para atender con oportunidad, profundidad y eficiencia la situación financiera que aqueja al sistema de salud. Así tampoco se cumple el requisito que hubiera habilitado una inconstitucionalidad diferida bajo el supuesto indicado, esto es, que constituya la “única alternativa” que posibilite la defensa integral de la Constitución, que vendría por demás a restar todo sustento jurídico al presunto vacío legislativo que supuestamente había generado una situación de mayor inconstitucionalidad, cuando la realidad es que la consecución del diseño de la política pública en salud implica abordarla, a más de la inmediatez, bajo un proceso de discusión pública que atienda y resuelva con pertinencia y de manera sustancial la problemática estructural que aqueja el sistema de salud.

8.8. Entonces, puede sostenerse que la Corte buscó rescatar el principio democrático, no obstante con la modulación de la sentencia terminó otorgando vigencia temporal a algunos decretos extraordinarios de desarrollo que justamente resultaban inconstitucionales por consecuencia al suplantar el camino de la democracia, para finalmente la Corte enjuiciar materialmente dichos decretos estableciéndoles unos cambios normativos que terminan por desvirtuar aún más el proceso de discusión pública que debe agotarse ante el Congreso.

La pretensión de la mayoría de la Sala Plena consistente en desligar los efectos de una

sentencia respecto de la ratio decidendi que motiva la misma, termina por desconocer la necesaria congruencia que precede a toda decisión constitucional, como su observancia y apreciación integral.

8.9. Preocupa altamente a quienes en esta oportunidad salvamos parcialmente el voto que el centro del debate haya quedado reducido a los efectos de una sentencia cuando la Constitución impone edificar una determinación a partir de su eficacia misma, teniendo siempre como norte inalterable la supremacía e integridad de la Carta Política (art. 241 superior).¹³

8.10. De ahí que el modo de ejercer la defensa integral de la Constitución Política estaba dado en declarar la inexecuibilidad consecencial de todos los decretos de desarrollo, sin tener que acudir a modulación alguna sobre los mismos.”

Así dejamos expresados los argumentos que nos llevan a aclarar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-254 de 2010

Referencia: expediente RE-153

Asunto: Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 4976 de 2009, “por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos que permitan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la población beneficiaria y se dictan otras disposiciones”

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, en la cual se decidió declarar inexecutable por consecuencia el Decreto 4976 de 2009, en razón a que en su momento salvé mi voto frente a la sentencia C-252 de 2010, en la cual se decidió declarar la inexecuibilidad del Decreto 4975 de 2009 y al mismo tiempo otorgar efectos diferidos a dicha inexecuibilidad en relación con las medidas tributarias.

En este sentido, me permito reiterar aquí las razones que dieron lugar a mi disenso en relación con la decisión modulada adoptada en la sentencia C-252 de 2010, por cuanto considero que tal modulación de los efectos del fallo en mención resulta contradictoria y riesgosa por las siguientes razones que expuse en el correspondiente salvamento de voto:

“(i) Es una decisión que conlleva una insalvable contradicción jurídica en tanto de un lado se declara la inexecutableidad de una norma y de otro lado se prolonga en el tiempo la vigencia jurídica de la misma, aunque sea parcialmente, lo cual es de entrada contradictorio desde el punto de vista jurídico y lógico, por cuanto la declaratoria de inexecutableidad del tribunal constitucional como “Legislador negativo” es la expulsión de las normas declaradas inexecutableas del ordenamiento jurídico. En este caso, la Corte declara que un Decreto que declara una emergencia social es inexecutable, lo cual debería tener la consecuencia de expulsar de inmediato del ordenamiento jurídico tal normativa, sin embargo, la Corte, deja vigentes en el tiempo unas medidas, respecto de las cuales adicionalmente ha reconocido expresa y claramente en el fallo la absoluta carencia de competencia por parte del órgano que las profiere, lo cual entraña a todas luces una clara contradicción lógica y jurídica;

(ii) Es una decisión que implica un gravísimo menoscabo a la plenitud y vigencia del estado de derecho, a sus formas y procedimientos, en tanto se convalidan, así sea transitoriamente, medidas tributarias expedidas con absoluta carencia de competencia por parte del Gobierno;

(iii) Es una decisión que riñe con el texto constitucional por cuanto de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política, el Gobierno solo podrá habilitarse para establecer nuevos tributos o modificar los existentes, con el propósito de afrontar directa y específicamente el estado de emergencia, cuando se acrediten todos los presupuestos (fáctico, valorativo y de suficiencia) derivados de dicho precepto superior; y,

(iv) Finalmente, pero no menos importante, esta es una decisión riesgosa, porque se crea un deplorable precedente, según el cual, independientemente del uso indebido que se le de a las facultades de excepción, el Gobierno podrá confiar en la benevolencia y comprensión del tribunal constitucional, quien, al margen de los exigentes presupuestos que la Constitución ha establecido para la declaratoria de un estado de emergencia, convalidará las decisiones tributarias por razones diferentes a las estrictamente constitucionales;

Por todo lo anterior, el suscrito magistrado reitera que la modulación de los efectos de este fallo resulta claramente contradictoria y riesgosa, y que la única forma de defender a cabalidad la integridad de la Constitución, así como la vigencia del estado de derecho, y del principio de separación de poderes, era declarando la inexecutableidad integral y sin condicionamientos, ni modulaciones del Decreto 4975 de 2009.

Por las razones expuestas anteriormente discrepo de la decisión mayoritaria adoptada en esta sentencia, respecto de la inexecutableidad con efectos diferidos del Decreto 4975 de 2009.”

Con fundamento en lo anterior, aclaro mi voto a la presente providencia.

Fecha ut supra

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Diario Oficial No. 47.572 del 23 de diciembre de 2009.

2 Expediente RE-152. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

3 Ver, entre otras, las sentencias C-488 de 1995, C-127 de 1997, C-130 de 1997 y C-135 de 1997.

4 Sentencias C-852 de 2005, C-551 de 2003 y C-221 de 1997. Para la Corte Constitucional se explica así la aparente paradoja de que constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia porque en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la normatividad impugnada del ordenamiento jurídico por los graves efectos que ella acarrea sobre otros valores y principios constitucionales (C-221 de 1997).

5 Sentencias C-720 de 2007, C-737 de 2001, C-141 de 2001, C-700 de 1999 y C-221 de 1997.

6 Sentencias C-619 de 2003, C-186 de 1997 y C-171 de 1993.

7 Sentencia C-619 de 2003.

8 Sentencia C-224 de 2009. Cft. sentencia C-776 de 2003.

9 Sentencia C-530 de 2000. Cft. sentencia C-284 de 2009.

10 Sentencia C-488 de 1995.

11 Sistema General de Seguridad Social en Salud.

12 Sentencia C-221 de 1997. Cft. sentencia C-737 de 2001.

13 Cft. sentencia C-619 de 2003.