

(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-164

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 133 del 21 de enero de 2010, “Por el cual se adoptan medidas tendientes a garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, 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. 133 del 21 de enero de 2010, “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. Texto del decreto legislativo:

DECRETO 133 DE 2010

(Enero 21)1

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

“Por el cual se adoptan medidas tendientes a garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, 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 con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, mediante el Decreto 4975 de 2009 se declaró el estado de Emergencia Social en todo el país, con el propósito de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud la cual amenaza de manera inminente, entre otros aspectos, la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, así como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

Que la dinámica y mayor complejidad adquirida por el Sistema General de Seguridad Social en Salud- SGSSS, frente al flujo de recursos también ha evidenciado que los procedimientos y mecanismos legales para su distribución y giro resultan insuficientes lo cual conlleva a ineficiencias y desvíos, perjudicando a los diferentes agentes del Sistema, haciendo más costosa la financiación del mismo y poniendo en evidencia, aún más, la iliquidez de Entidades Promotoras de Salud – EPS y de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS, por lo que resulta necesaria la adopción de medidas excepcionales para modificar la administración, redistribuir y racionalizar los recursos y las fuentes de financiación del

Sistema;

Que las entidades territoriales, las EPS y las IPS, públicas y privadas, han señalado dificultades financieras que ponen en riesgo el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional;

Que existe la necesidad de adoptar medidas que permitan revisar y racionalizar la actuación de los diversos reguladores y agentes del Sistema, entre otros, las IPS; así como establecer medidas preventivas, de recuperación de recursos y punitivas para responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales;

Que se encuentra gravemente afectado el trámite de pago de servicios a las instituciones prestadoras de servicios de salud por parte de las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas, las administradoras de riesgos profesionales y las entidades que administran regímenes especiales, lo cual ha generado un incremento ostensible de la cartera hospitalaria en todo el país;

Que en las relaciones entre algunos agentes del SGSSS se generan barreras de acceso que afectan la prestación de servicios y el goce efectivo del derecho de los ciudadanos, siendo necesario introducir mecanismos que eviten o corrijan estas deficiencias;

Que se presentan limitaciones en la oferta de algunas especialidades médicas, las cuales restringen el acceso a la prestación de servicios de salud, por lo que se considera necesario adoptar medidas que permitan que los prestadores cuenten con mecanismos para la solución de estas situaciones;

Que además resulta necesario establecer medidas con fuerza de ley que permitan dar agilidad y efectividad al giro y al flujo de los recursos a lo largo del SGSSS para que cumplan su finalidad;

Que la situación fiscal y financiera actual que afrontan las empresas sociales del Estado asociada a debilidades en la gestión, inflexibilidad en el gasto y sobredimensionamiento, entre otros, es crítica y pone en el alto riesgo la garantía del goce efectivo del derecho a la salud de la población usuaria de dichas entidades, por lo que es necesario y urgente adoptar

medidas dirigidas al saneamiento fiscal y financiero de las empresas sociales del Estado que garantice el goce efectivo del derecho a la salud de la población usuaria de estas entidades con servicios oportunos y de calidad, prestados de manera continua;

Que se hace necesario que el Gobierno Nacional adopte de manera urgente y preventiva, en el marco de la emergencia social, medidas con fuerza de ley que permitan dar solución a las dificultades que actualmente se presentan en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, permitiendo mecanismos expeditos para regularizar y agilizar el flujo de recursos entre pagadores y prestadores de servicios de salud, corrigiendo fallas y demoras injustificadas, así como mejorar la gestión de las instituciones prestadoras de servicios de salud, contrarrestando así las causas y factores que agudizan la grave situación que enfrentan, sanear fiscal y financieramente las empresas sociales del Estado, de manera que se generen condiciones y flujo de recursos que garanticen el goce efectivo del derecho a la salud de la población;

DECRETA:

CAPITULO I.

MEDIDAS TENDIENTES AL MEJORAMIENTO DEL FLUJO DE RECURSOS ENTRE ENTIDADES RESPONSABLES DE PAGO DE SERVICIOS DE SALUD Y LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD.

ARTÍCULO 1o. PAGOS A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Cuando se haya pactado en los acuerdos de voluntades una modalidad de pago diferente a la capitación, las entidades responsables del pago de los servicios de salud, entendidas como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas, las administradoras de riesgos profesionales y las entidades que administran regímenes especiales, se sujetarán al siguiente procedimiento de trámite y pago de cuentas:

Las entidades responsables del pago de servicios de salud, procederán a:

a) Pagar mínimo el sesenta por ciento (60%) del valor de la factura, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la misma. Aquellas facturas que contengan una o

varias causales de devolución establecidas en la normatividad vigente sobre la materia, se devolverán dentro de este término, manifestando todas las causales de devolución que se detecten. Las facturas devueltas podrán ser presentadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane las causales de devolución. La entidad responsable de pago no podrá formular sobre las mismas nuevas causas de devolución;

b) Formular y comunicar a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en la normatividad vigente sobre la materia, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma, salvo las que surjan como aclaraciones adicionales a la respuesta dada a la glosa inicial. Los prestadores de servicios de salud deberán dar respuesta a las glosas iniciales con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en la normatividad vigente sobre la materia, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. Las entidades responsables del pago, deberán decidir dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta, si la aceptan total o parcialmente, o si por el contrario se ratifican en la glosa;

c) Pagar los valores no glosados dentro de los treinta (30) días hábiles anteriormente definidos. En caso que la glosa supere el valor pendiente por cancelar, la entidad pagadora descontará del primer pago de la siguiente factura el valor diferencial, si este no fuere suficiente, o no se presentare una siguiente facturación en los siguientes sesenta (60) días calendario al pago, el prestador deberá devolver el mayor valor pagado en los siguientes diez (10) días hábiles de vencido este plazo;

d) Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al levantamiento de la glosa se deberá proceder a cancelar el valor correspondiente a la glosa levantada pendiente por pagar.

PARÁGRAFO 1o. Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades responsables del pago de los servicios de salud deberán presentarse a más tardar dentro de los doce (12) meses siguientes a la terminación de la prestación del servicio. Vencido este término no habrá lugar a presentar la reclamación ni al reconocimiento de interés ni otras

sanciones pecuniarias, sin perjuicio de las acciones ordinarias.

Si una vez presentadas las glosas, el prestador no da respuesta a las mismas dentro de los 12 meses siguientes a su recepción, no habrá lugar a presentar la reclamación ni al reconocimiento de interés ni otras sanciones pecuniarias, sin perjuicio de las acciones ordinarias.

Para las glosas presentadas doce (12) meses antes de la entrada en vigencia del presente decreto, el plazo para darles respuesta por parte del prestador será de seis (6) meses, si las mismas no han sido respondidas.

PARÁGRAFO 2o. Cuando las entidades territoriales o las entidades promotoras de salud del régimen contributivo o subsidiado no paguen dentro de los plazos establecidos en el presente capítulo a las instituciones prestadoras de servicios de salud, estarán obligadas a reconocer intereses de mora a la tasa legal vigente que rige para las obligaciones financieras.

PARÁGRAFO 3o. Se podrán pactar acuerdos por pronto pago, si se paga antes de los términos aquí establecidos.

PARÁGRAFO 4o. Las facturas que involucren la atención de más de un usuario, no podrán ser devueltas en su totalidad, sino solo en la fracción de las mismas que cumplan una o más causas de devolución definidas en la normatividad vigente. El pago inicial a que se refiere el literal a. del presente artículo se hará sobre la fracción de la factura no devuelta.

PARÁGRAFO 5o. Las disposiciones aquí previstas no aplican para el pago de prestaciones excepcionales en salud, el cual será reglamentado por el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 2o. REGLAS ESPECIALES PARA LA CONTRATACIÓN CON EL MECANISMO DE PAGO POR CAPITACIÓN. Con el fin de garantizar el adecuado acceso y calidad en la prestación de servicios a la población y un apropiado flujo de recursos, se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de acuerdos de voluntades con el mecanismo de pago por capitación, entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de tales servicios en el sistema General de Seguridad Social en Salud:

a) Solo se podrán realizar acuerdos de voluntades por el mecanismo de pago por capitación

para los servicios de baja complejidad;

b) Se excluyen de los acuerdos de voluntades por el mecanismo de pago por capitación las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública que deben hacerse bajo un esquema de inducción de la demanda, de acuerdo con la normatividad vigente;

c) Se establecerán indicadores que permitan el adecuado seguimiento a los acuerdos de voluntades y al cumplimiento de las metas de cobertura, resolutividad y oportunidad en la atención que se establezcan en los mismos, de acuerdo con la normatividad expedida por el Ministerio de la Protección Social;

PARÁGRAFO. Las restricciones aquí previstas no aplican a los acuerdos de voluntades con mecanismos de pago diferentes a la capitación.

PARÁGRAFO TRANSITORIO: Los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios bajo el mecanismo de pago por capitación que se encuentren en curso a la fecha en que entre a regir el presente decreto, continuarán sujetos a las condiciones establecidas en los mismos hasta su terminación. En caso de que los acuerdos de voluntades sean prorrogados, las prórrogas deberán ajustar el tipo de servicios incluidos en los contratos a lo aquí dispuesto.

ARTÍCULO 3o. PRESENTACIÓN DE LAS FACTURAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. La presentación y recepción de facturas de prestación de servicios seguirá las siguientes reglas:

a) En los acuerdos de voluntades donde se pacte una modalidad de pago diferente a la capitación, la fecha de presentación de la factura corresponde a la fecha en que la misma se presenta ante la entidad responsable del pago por primera vez. A partir de esta fecha correrán los términos establecidos en el presente capítulo para efectuar los pagos y formular las devoluciones, glosas y respuestas de acuerdo con la normatividad que regula la materia. Las partes acordarán la periodicidad sobre cómo se presentarán las facturas, sin que estos tiempos excedan a los veinte (20) primeros días del mes siguiente a la prestación del servicio. Si se entrega por fuera de estos términos se entenderá presentada el primer día hábil del mes siguiente;

b) Se recibirán todas las facturas presentadas por los prestadores, y se prohíbe el establecimiento de la obligatoriedad de procesos de auditoría previa a la presentación de las mismas o cualquier práctica tendiente a impedir la recepción. Lo anterior no aplica a las auditorías concurrentes que se realicen;

c) La exigencia de auditorías previas, exceptuando las concurrentes, u otras prácticas tendientes a impedir la presentación de facturas por parte de los prestadores de servicios de salud, estará sujeta a sanciones por parte de la Superintendencia Nacional de Salud;

d) Los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago, deberán establecer mecanismos que permitan la facturación en línea de los servicios de salud, de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social.

ARTÍCULO 4o. CONTRATACIÓN ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales contratarán la prestación de servicios de salud que requiera la población pobre no asegurada, los eventos no incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado y las actividades del plan de intervenciones colectivas a su cargo, dentro de los primeros treinta (30) días hábiles de cada año.

ARTÍCULO 5o. INSTITUCIONES PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD. Las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud creadas por entidades públicas del orden nacional, tendrán las mismas consideraciones contempladas en el literal f del artículo 14 y en los artículos 16 y 20 de la Ley 1122 de 2007.

ARTÍCULO 6o. SERVICIOS DE ALTA ESPECIALIZACIÓN. Las entidades responsables de pago podrán priorizar la prestación de los servicios de alta especialización a sus usuarios en instituciones prestadoras de servicios de salud acreditadas, en proceso de acreditación y centros de excelencia, de acuerdo con la reglamentación que defina el Ministerio de la Protección Social.

ARTÍCULO 7o. GARANTÍA EN EL ACCESO A PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Cuando el acceso a los servicios de salud en un Departamento, Distrito o Municipio se vea restringido o limitado por efecto de la oferta insuficiente de especialistas en medicina interna, pediatría y ginecoobstetricia, las instituciones prestadoras de servicios de salud podrán prestar el servicio a través de médicos generales con entrenamiento, para que realice actividades de

baja y mediana complejidad. También aplicará en anestesiología para la realización de procedimientos que requieran anestesia local o regional. El ejercicio de estas actividades, sólo podrá realizarse en las entidades y por los médicos que cumplan con lo establecido por el Ministerio de la Protección Social al respecto.

Las atenciones prestadas en las condiciones establecidas en el presente artículo no podrán ser motivo de glosa por este concepto.

ARTÍCULO 8o. RECURSOS DEL SISTEMA. Salvo en aquellos casos en que se trate de la inclusión de servicios en los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, cada vez que la Comisión de Regulación en Salud defina un incremento en la unidad de pago por capitación, las entidades promotoras de salud de los dos regímenes, negociarán con los prestadores el incremento a que haya lugar, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a que el ajuste se haga efectivo.

En todo caso el Gobierno Nacional podrá reglamentar la materia bajo criterios de equidad y oportunidad si ello fuere necesario. En los casos en que no se observe la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, las partes lo podrán poner en conocimiento de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud.

CAPITULO II.

ARTÍCULO 9o. CONFORMACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL NIVEL MUNICIPAL QUE ESTÉN INCLUIDAS EN CONVENIOS O PLANES DE DESEMPEÑO. A partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, el estamento político administrativo de la junta directiva de las empresas sociales del Estado del nivel municipal que hagan parte de convenios o planes de desempeño suscritos o que se llegaren a suscribir entre el departamento y la Nación, estará representado por el jefe de la Administración Municipal o su delegado y por el Gobernador del departamento o su delegado.

ARTÍCULO 10. FUSIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Cuando las empresas sociales del Estado se fusionen, el número de miembros de la junta directiva podrá aumentarse hasta nueve (9), debiendo para el efecto indicar en los estatutos de la nueva entidad el mecanismo de elección de los miembros adicionales, garantizando la mayor participación de las

entidades territoriales involucradas, sin que para los miembros adicionales se deba tener en cuenta la conformación tripartita.

ARTÍCULO 11. OPERACIÓN EXTERNALIZADA. Las empresas sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones de manera total o parcial mediante contratación con terceros, a través de contratos con entidades públicas o privadas o a través de operadores externos, evento en el cual se deberán tener en cuenta las siguientes situaciones:

a) Si la empresa social del Estado tiene la totalidad de las actividades externalizadas con un operador, las funciones de la junta directiva serán sólo las de seguimiento al contrato de operación;

b) Si la entidad territorial lo estima conveniente, podrá suprimir la junta directiva cuando la operación de la empresa se haga de manera externalizada con un operador, en este evento, el proyecto de presupuesto y sus modificaciones serán presentados por el Gerente a la Entidad Territorial respectiva para el trámite correspondiente de acuerdo con las normas presupuestales definidas por la entidad territorial;

c) Cuando la empresa social del Estado del nivel territorial determine que sus funciones se desarrollarán únicamente a través de contratación con terceros, mediante convenios suscritos con entidades públicas o privadas o mediante operadores externos, el gerente o director de la empresa será de libre nombramiento y remoción del jefe de la entidad territorial;

ARTÍCULO 12. REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN. Las juntas directivas de las empresas sociales del Estado acorde con su régimen legal especial de contratación establecido en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, adoptarán un reglamento de contratación de acuerdo con los lineamientos definidos por el Ministerio de la Protección Social, al cual deberá ceñirse el ordenador del gasto en la contratación que realice la empresa social del Estado.

El reglamento de que trata la presente disposición deberá adoptarse a más tardar dentro de los 60 días hábiles siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto.

ARTÍCULO 13. SISTEMA DE CONTRATACIÓN, ADQUISICIONES Y COMPRAS. Las empresas

sociales del Estado tendrán un sistema de contratación, adquisiciones y compras que les permita obtener productos con calidad y racionalizar los precios, para lo cual podrán asociarse entre sí o constituir cooperativas y a través de ellas ofrecer servicios o proveer insumos, buscando beneficiar a las entidades con economía de escala, calidad, oportunidad, eficiencia y transparencia.

La compra y adquisición de medicamentos y dispositivos médicos por parte de las empresas sociales del Estado por sí misma o a través de mecanismos asociativos o administrativos con otras entidades o terceros, no podrá estar por encima de los precios estandarizados que determine la autoridad competente.

Las empresas sociales del Estado de manera concertada podrán gestionar compras conjuntas que racionalicen los precios, cantidades, estandaricen insumos y medicamentos, para lo cual deberán contar con los recursos para el respectivo pago.

Igualmente, las empresas sociales del Estado podrán contratar de manera conjunta sistemas de información, sistema de control interno, de interventorías y auditorías, de recurso humano y demás funciones administrativas, para el desarrollo de actividades especializadas, de tipo operativo y de apoyo que puedan cubrir las necesidades de la empresa, de forma tal que la gestión resulte más eficiente, con calidad e implique menor costo.

La Dirección Departamental de Salud deberá realizar las acciones de monitoreo y supervisión sobre estos mecanismos, en este caso, si hubiere conflicto, se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud.

PARÁGRAFO. En el proceso de selección que realicen las empresas sociales del Estado, para externalizar los servicios farmacéuticos, o adquirir medicamentos o dispositivos médicos, deberán invitar por lo menos a una cooperativa constituida por empresas sociales del Estado priorizando las que estén certificadas en calidad.

ARTÍCULO 14. SUBSIDIO DE OFERTA. Con el fin garantizar el acceso a los servicios de salud en las regiones donde las condiciones del mercado sean monopólicas y las empresas sociales del Estado no sean sostenibles financieramente en condiciones de eficiencia, las entidades territoriales destinarán recursos conforme a las condiciones y requisitos que establezca el Ministerio de la Protección Social. En caso de que el Gobierno Nacional lo estime necesario

podrá cofinanciar la gestión de dichas entidades.

ARTÍCULO 15. CONTRATACIÓN CON INSTITUCIONES PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD. <Ver Notas de Vigencia> Las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado contratarán hasta el sesenta por ciento (60%) del gasto en salud con las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud debidamente habilitadas en la región donde operen. La contratación deberá realizarse en los servicios de baja, mediana o alta complejidad incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, en las condiciones que determine el Ministerio de la Protección Social.

Lo anterior sin perjuicio de que las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, si lo consideran pertinente, superen dicho porcentaje.

ARTÍCULO 16. RACIONALIZACIÓN DE PLANES E INFORMES. Para efectos de reducir los gastos de transacción y racionalizar el gasto en funciones de apoyo asociados a la formulación de planes y generación y reporte de información al sector salud, el Ministerio de la Protección Social señalará los planes e informes que deben generar o reportar las empresas sociales del Estado. Lo anterior sin perjuicio de los informes que se deben presentar ante los organismos de control como la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República.

ARTÍCULO 17. HABILITACIÓN DE SERVICIOS EN EL MARCO DEL DISEÑO DE RED DE SERVICIOS. Las direcciones departamentales o distritales de salud podrán negar la habilitación de aquellos servicios de empresas sociales del Estado que no estén contemplados en el diseño y la organización de la red pública de servicios de salud definida por el departamento o el Distrito.

ARTÍCULO 18. FUNDACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO. Las fundaciones sin ánimo de lucro que prestaron servicios como parte de la red hospitalaria pública antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud públicas, podrán acceder a recursos de crédito blandos de tasa compensada y de largo plazo que otorgue el Gobierno Nacional a través de Findeter u otras entidades.

CAPÍTULO III.

MEDIDAS TENDIENTES A GARANTIZAR EL ACCESO, OPORTUNIDAD, CONTINUIDAD Y CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS A LA POBLACIÓN USUARIA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO A TRAVÉS DE LA ADOPCIÓN DE PROGRAMAS DE SANEAMIENTO FISCAL Y FINANCIERO.

ARTÍCULO 19. GARANTÍA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Con el propósito de garantizar el acceso, oportunidad, continuidad y calidad en la prestación de los servicios de salud a través de empresas sociales del Estado del nivel territorial, cuando estas no cumplan el criterio de equilibrio financiero establecido en el presente capítulo, deberán someterse a un programa de saneamiento fiscal y financiero en los términos definidos en el presente capítulo.

ARTÍCULO 20. PROGRAMA DE SANEAMIENTO FISCAL Y FINANCIERO. El Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero es un programa integral, institucional, financiero y administrativo, que tiene por objeto restablecer la solidez económica y financiera de la empresa social del Estado, mediante la aplicación de medidas de reorganización administrativa, racionalización del gasto, reestructuración de la deuda, saneamiento de pasivos y fortalecimiento de los ingresos, que permitan su adecuada operación con el fin de garantizar el acceso, oportunidad, continuidad y calidad en la prestación de los servicios a la población usuaria de esta.

El programa de saneamiento fiscal y financiero deberá ser aprobado por la junta directiva, adoptado por la empresa social del Estado y contará con la conformidad del gobernador o alcalde según el caso, y la dirección departamental o distrital de salud, quien le hará seguimiento.

Los parámetros de elaboración, términos, medios de verificación y soportes del programa de saneamiento fiscal y financiero serán definidos por el Ministerio de la Protección Social en forma coordinada con el Departamento Nacional de Planeación.

PARÁGRAFO. Cuando se adopte el programa de saneamiento fiscal y financiero en una empresa social del Estado, la entidad territorial deberá garantizar la continuidad de la prestación de los servicios de salud en condiciones, calidad, oportunidad y eficiencia.

ARTÍCULO 21. CATEGORIZACIÓN DEL RIESGO DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. El

Ministerio de la Protección Social categorizará el riesgo de las empresas sociales del Estado, de la siguiente manera:

- a) Empresas sociales de Estado en riesgo bajo: Aquellas entidades cuyo indicador de equilibrio financiero sea mayor o igual a 1,0.
- b) Empresas sociales de Estado en riesgo medio: Aquellas entidades cuyo indicador de equilibrio financiero esté entre 0,90 y 0,99.
- c) Empresas sociales del Estado en riesgo alto: Aquellas entidades cuyo indicador de equilibrio financiero sea menor a 0,90 o que no hayan superado el riesgo medio en los términos establecidos en el artículo 23 del presente decreto.

ARTÍCULO 22. DETERMINACIÓN DEL RIESGO DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. El Ministerio de la Protección Social determinará el riesgo de las empresas sociales del Estado teniendo en cuenta sus condiciones de equilibrio financiero a partir de ingresos recaudados y gastos comprometidos, de acuerdo con las definiciones y medios de verificación que determine.

El Ministerio de la Protección Social, a más tardar el 30 de mayo de cada año, determinará el riesgo de cada una de las empresas sociales del Estado y comunicará a las direcciones departamentales y distritales de salud el resultado de la misma, teniendo en cuenta la información de la vigencia anterior reportada por las empresas sociales del Estado y revisada y validada por las direcciones departamentales o distritales de salud y la categorización del riesgo definida en el presente capítulo.

PARÁGRAFO. Cuando se detecte alguna imprecisión en la información utilizada para la categorización del riesgo de una empresa social del Estado, dicha empresa quedará categorizada por lo menos en riesgo medio y deberá adoptar un programa de saneamiento fiscal y financiero. Lo anterior sin perjuicio de las investigaciones que se deban adelantar por parte de los organismos de vigilancia y control.

ARTÍCULO 23. ADOPCIÓN DE PROGRAMA DE SANEAMIENTO FISCAL Y FINANCIERO. Una vez comunicada la información de determinación del riesgo por parte del Ministerio de la Protección Social, dentro de los siguientes sesenta (60) días calendario, las empresas

sociales del Estado categorizadas en riesgo medio o alto, deberán adoptar un programa de saneamiento fiscal y financiero, con el acompañamiento de la dirección departamental o distrital de salud teniendo en cuenta las siguientes reglas:

a) Cuando se trate de empresas sociales del Estado categorizadas en riesgo medio.

i. El programa de saneamiento fiscal y financiero no podrá superar el 31 de diciembre del año siguiente en el cual se adopta.

ii. Cuando superado el término del programa de saneamiento fiscal y financiero no se haya logrado la meta de equilibrio financiero, la empresa social del Estado será categorizada en riesgo alto.

b) Cuando se trate de empresas sociales del Estado categorizadas en riesgo alto.

i. Si se trata de instituciones de primer nivel de atención el programa de saneamiento deberá ser adoptado por la empresa social del Estado y contará con la conformidad de la dirección departamental o distrital de salud, quien le hará seguimiento, con reporte periódico al Ministerio de la Protección Social.

ii. Si se trata de instituciones de segundo o tercer nivel de atención, el programa de saneamiento fiscal y financiero deberá ser adoptado por la empresa social del Estado y contará con la conformidad de la dirección departamental o distrital de salud y del Ministerio de la Protección Social. El seguimiento se realizará por parte de la dirección departamental o distrital de salud, con reporte periódico al Ministerio de la Protección Social.

iii. El programa de saneamiento fiscal y financiero no podrá superar dos (2) vigencias fiscales a partir del 31 de diciembre del año en el cual se adopta.

PARÁGRAFO. Cuando una empresa social del Estado no adopte el programa de saneamiento fiscal y financiero en los términos y condiciones previstos, será causal de intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 24. INCUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA. Si con la implementación del programa de saneamiento fiscal y financiero, la empresa social del Estado no logra alcanzar el equilibrio financiero en los términos definidos en el presente capítulo, se deberá adoptar una o más de

las siguientes medidas:

- a) Acuerdos de reestructuración de pasivos.
- b) Intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.
- c) Liquidación o supresión, o fusión de la entidad.

PARÁGRAFO. Cualquiera de estas medidas que se adopte se realizará de acuerdo con la normatividad que rige la materia. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de la medida de intervención, que en el marco de su competencia legal decida adoptar la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 25. LIQUIDACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. En las liquidaciones de empresas sociales del Estado que se estén adelantando o se adelanten por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, se dará aplicación a lo dispuesto en el Decreto-ley 254 de 2000 y en la Ley 1105 de 2006, y demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan.

ARTÍCULO 26. SANEAMIENTO DE PASIVOS. Con el fin de facilitar los procesos de saneamiento de pasivos, las empresas sociales del Estado que hayan adoptado programas de saneamiento fiscal y financiero en virtud de lo dispuesto en el presente capítulo, tengan suscrito o suscriban programas o convenios de desempeño en virtud de lo establecido en la Ley 715 de 2001, o estén intervenidas por la Superintendencia Nacional de Salud, podrán iniciar simultáneamente o en cualquier momento durante la vigencia de los mismos, la promoción de acuerdos de reestructuración de pasivos de que tratan las Leyes 550 de 1999 y 1116 de 2006 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

ARTÍCULO 27. MONITOREO Y SEGUIMIENTO A LOS DEPARTAMENTOS Y DISTRITOS. Las acciones que deben ser desarrolladas por parte de los departamentos y distritos para la adopción y seguimiento de programas de saneamiento fiscal y financiero por parte de las empresas sociales del Estado de su jurisdicción, deberán ser reportadas al Ministerio de la Protección Social. Sobre las acciones que deben adelantar los departamentos y distritos el Gobierno Nacional realizará las actividades de monitoreo, seguimiento y control previstas en el Decreto-ley 28 de 2008.

El Ministerio de la Protección Social definirá el tipo y periodicidad de la información requerida para estas actividades.

ARTÍCULO 28. CONVENIOS DE DESEMPEÑO. Las metas que se establezcan en los programas de saneamiento fiscal y financiero que adopten las empresas sociales del Estado que tengan suscritos o suscriban convenios de desempeño asociados a contratos de empréstito condonables, se entenderán incorporadas en las matrices de condonabilidad de dichos convenios, y se evaluarán anualmente por parte de las instancias de evaluación definidas en las normas vigentes.

ARTÍCULO 29. FACILIDADES PARA LA EJECUCIÓN DE PROGRAMAS DE SANEAMIENTO FINANCIERO. Con el fin de adelantar y facilitar los programas de saneamiento fiscal y financiero la Nación a través de Findeter podrá otorgar a las entidades territoriales o a las empresas sociales del Estado créditos blandos de tasa compensada y de largo plazo, de acuerdo con la normatividad vigente.

ARTÍCULO 30. RECURSOS PRESUPUESTALES. El Gobierno Nacional destinará los recursos presupuestales necesarios para el monitoreo y seguimiento de los programas de saneamiento fiscal y financiero que de conformidad con lo previsto en el presente capítulo corresponde adelantar al Ministerio de la Protección Social.

ARTÍCULO 31. VIGENCIA. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

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

El Ministro de Minas y Energía,

HERNÁN MARTÍNEZ TORRES

El Viceministro de Comercio Exterior, encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Comercio Exterior,

GABRIEL DUQUE MILDENBRG,

La Ministra de Educación Nacional

CECILIA MARÍA VÉLEZ WHITE,

El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,

CARLOS COSTA POSADA,

La Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones,

MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA,

El Ministro de Transporte,

La Viceministra de Cultura encargada de las Funciones del Despacho de la Ministra de Cultura,

MARÍA CLAUDIA LÓPEZ SORZANO.

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. 133 del 21 de enero de 2010.

Al haber desaparecido del ordenamiento el fundamento jurídico que sirvió de sustento para la expedición del Decreto Legislativo No. 133 del 21 de enero de 2010, 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 inexecutableidad.

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 INEXEQUIBLE el Decreto Legislativo No. 133 del 21 de enero de 2010, 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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

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-255 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-164

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 133 de veintiuno (21) de enero

de dos mil diez “por el cual se medidas tendientes a garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad y eficiencia en la prestación de servicios de salud, y se dictan otras disposiciones”

Magistrada Ponente:

Mauricio González Cuervo

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado se ve precisado a aclarar su voto en los siguientes términos.

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 inexequibilidad 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 inexequibilidad, 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 exequible o inexequible, 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 inexecuibilidad. 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.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Y JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA C-255 DE 2010

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE SALUD-Inexecuibilidad 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.164

Revisión constitucional del Decreto Legislativo número 133 del 21 de enero de 2010, “Por el cual se expiden medidas tendientes a garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad

y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, 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-255 de 2010, que atiende específicamente la afirmación consistente en que al no haber regulado el Decreto 133 de 2010 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 decisional 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 inexecutable 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 resolutive, 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 inexecutable. 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 inexequibilidad 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 inexecutable 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 decisonal 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 validas 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 desgreño 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 “exequibilidad 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.

8.8. 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 inexequibilidad 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-255 de 2010

Referencia: expediente RE-164

Asunto: Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 133 de 2010, “por el cual se adoptan medidas tendientes a garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, 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 133 de 2010, 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 inexecutable del Decreto 4975 de 2009 y al mismo tiempo otorgar efectos diferidos a dicha inexecutable 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 inexecutables 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 inexequibilidad 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 inexequibilidad con efectos diferidos del Decreto 4975 de 2009.”

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

Fecha ut supra

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Diario Oficial No. 47.599 de 21 de enero de 2010.

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.