

PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD-Inconstitucionalidad por consecuencia

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA EN DECLARACION DE EMERGENCIA-Configuración

La declaración de inexequibilidad del decreto que declara el estado de excepción produce, como efecto obligado, la inexequibilidad de los decretos legislativos que lo desarrollan. Este efecto ha sido explicado así por la jurisprudencia: "Se trata de una inconstitucionalidad por consecuencia, es decir, del decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición sobreviniente de la norma que permitía al Jefe del Estado asumir y ejercer las atribuciones extraordinarias previstas en la Constitución. 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. En el fondo ocurre que, declarada la inexequibilidad 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. Desde luego, la declaración de inconstitucionalidad que en los expresados términos tiene lugar no repercute en determinación alguna de la Corte sobre la materialidad de cada uno de los decretos legislativos que se hubieren proferido, ya que aquélla proviene de la pérdida de sustento jurídico de la atribución presidencial legislativa, mas no de la oposición objetiva entre las normas adoptadas y la Constitución Política".

Referencia: expediente RE-159

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 128 del 21 de enero de 2010, "por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones".

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial las previstas en el artículo 241 numeral 7 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión constitucional del Decreto Legislativo 128 del 21 de enero de 2010, “por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”.

I. ANTECEDENTES

En desarrollo de lo previsto en el artículo 214-6 superior, el Ministro del Interior y de Justicia de la República de Colombia, delegatario de las funciones presidenciales mediante Decreto 098 del 19 de enero de 2010, a través de oficio PS 173 del 22 de enero de la presente anualidad, recibido en la Corte Constitucional el mismo día, remitió a esta corporación el texto del Decreto Legislativo 128 del 21 de enero de 2010, “Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”, expedido en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 215 de la Constitución Política y de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 4975 del 23 de diciembre de 2009, mediante el cual se declaró el estado de emergencia social en todo el territorio nacional, por el término de treinta días, contados a partir de la fecha de esa declaratoria.

Avocado el conocimiento, el Magistrado Sustanciador mediante providencia del 2 de febrero de 2010, ordenó oficiar al Ministerio de la Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que expresaran a la Corte los argumentos que sustentan, en su criterio, la constitucionalidad del Decreto Legislativo bajo revisión. Así mismo, elaboró un cuestionario para que los Ministerios dieran respuesta y aportaran documentos sobre: (i) la incidencia, en términos económicos y financieros, de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud respecto de los recursos destinados al aseguramiento; (ii) los estudios económicos y financieros que permitieron concluir que la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, ha tenido un incremento “abrupto y acelerado”; (iii) el contenido de los informes que el Gobierno Nacional ha recibido de los Departamentos y del Distrito Capital, relacionados con el crecimiento significativo en la

demandas de medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado y que presentan un importante déficit de recursos en la prestaciones de estos servicios; (iv) las proyecciones que ha realizado el Gobierno Nacional respecto del impacto de las medidas financieras adoptadas por el Decreto 128 de 2010; y, (v) la proyección del recaudo de los recursos que componen el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, conforme a las fuentes de financiamiento descritas en el artículo 10 del Decreto 128 de 2010.

En la misma providencia, se invitó, con el propósito que rindieran concepto técnico sobre la norma que se revisa, a la Defensoría del Pueblo, al Superintendente Nacional de Salud, a la Academia Nacional de Medicina de Colombia, a la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, a la Sociedad Colombiana de Hematología y Oncología, a la Sociedad Colombiana de Cardiología y Cirugía Cardiovascular, a las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional de Colombia, de los Andes, Libre, del Rosario, Javeriana, Icesi de Cali, de Ibagué, EAFIT de Medellín, de Antioquia y Externado de Colombia, al igual que a las Facultades de Medicina de las Universidades Nacional de Colombia, de los Andes, del Rosario, del Bosque, Militar Nueva Granada, Javeriana, de Antioquia y del Valle, a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral “Acemi”, a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, a la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia “Anthoc”, a la Federación de Aseguradores Colombianos “Fasecolda” y a la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia “Anec”.

Vencido el periodo probatorio, se dio traslado del asunto al Procurador General de la Nación, quien emitió su concepto dentro del término legal y así, agotados los trámites respectivos, procede la Corte a examinar la constitucionalidad del decreto sometido a su análisis.

II. TEXTO DEL DECRETO REVISADO

A continuación se transcribe el texto del Decreto Legislativo sometido a revisión, tal como aparece publicado en el Diario Oficial No. 47.599 del 21 de enero de 2010, página 31.

DECRETO 128 DE 2010

(Enero 21)

Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en 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 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 y del sector salud en general 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;

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 entidades promotoras de salud 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 en el mismo sentido, los departamentos y el Distrito Capital han informado al Gobierno Nacional sobre un incremento significativo en la demanda de medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado y que presentan un importante déficit de recursos para la prestación de estos servicios, así como de los servicios requeridos por las personas pobres y vulnerables no aseguradas;

Que la anterior situación ha afectado seriamente la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por ende el goce efectivo del derecho, por lo que es necesario adoptar medidas extraordinarias tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso,

condiciones, límites, fuentes de financiación y mecanismos para la prestación de servicios de salud y provisión de medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

Que teniendo en cuenta que una buena parte del incremento en los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud corresponde a aquellos que exceden los contenidos del régimen contributivo, sobre los cuales, además, la jurisprudencia ha advertido la necesidad de expedir una reglamentación y ha señalado la necesidad de que cuenten con una debida fuente de financiación, se requiere adoptar medidas en tal sentido con el fin de proteger el acceso al servicio de salud, al tiempo que se agiliza y facilita el acceso de los usuarios a las prestaciones excepcionales en salud que se requieran, evitando la necesidad de acudir al juez de tutela;

Que, con el fin de racionalizar el acceso a los servicios de salud en condiciones de equidad, es necesario que los afiliados asuman parte de los costos de las prestaciones excepcionales en salud siempre y cuando se consulte su real capacidad de pago, garantizando, para aquellos usuarios que lo requieran, financiación para asegurar acceso real y efectivo a obtener tales prestaciones;

Que, además, es necesario dotar al Sistema de criterios uniformes que permitan definir la oportunidad y las condiciones en que procede el otorgamiento de una prestación excepcional en salud, para lo cual se definirá un sistema, instancias y procesos que permitan el acceso a tales prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, bajo criterios, entre otros, de pertinencia y excepcionalidad, que sean uniformes para todos los actores del Sistema,

DECRETA:

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN. El presente decreto define y regula los principios, mecanismos, condiciones, instituciones y recursos, destinados a la prestación de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, en adelante

Prestaciones Excepcionales en Salud.

El presente decreto no aplica a las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado contenidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, las cuales deben ser atendidas de conformidad con la normatividad vigente.

ARTÍCULO 2o. DEFINICIÓN. Se denominan prestaciones excepcionales en salud aquellas atenciones que exceden a las incluidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, que requieran de manera extraordinaria las personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado, las cuales serán ordenadas por el médico tratante y autorizadas por el Comité Técnico de Prestaciones Excepcionales en Salud, de conformidad con los principios y reglas establecidos en el presente decreto.

ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. El otorgamiento de prestaciones excepcionales en salud se regirá por los siguientes principios:

1. Necesidad. Es el estado en el que una persona requiera prestaciones excepcionales en salud y que son indispensables para preservar o recuperar la salud y representa un riesgo inminente o peligro irresistible para la vida si no se suministran.
2. Pertinencia. Es la relevancia médica de una prestación excepcional en salud en la medida que su prescripción o formulación esté basada en la evidencia científica, las guías de práctica clínica o la doctrina médica, para una condición específica de salud.
3. Priorización. Es el conjunto de criterios que deben tenerse en cuenta para determinar el orden de precedencia en el tiempo de las solicitudes y autorizaciones de prestaciones excepcionales en salud, teniendo en cuenta los recursos disponibles y la urgencia vital de las mismas.
4. Excepcionalidad. Es la procedencia de la autorización de una prestación en salud cuando se haya verificado que los medios preventivos, diagnósticos o terapéuticos incluidos en el plan obligatorio de salud del Régimen Contributivo no son efectivos, y si lo serían las prestaciones de que trata el presente decreto, de acuerdo con la evidencia científica, las guías de práctica clínica o la doctrina médica.

5. Razonabilidad. Se da cuando el resultado de la relación costo-beneficio de una prestación excepcional en salud, es tal, que amerita la prestación de la misma, frente a la incluida en el Plan Obligatorio de Salud.

6. Subsidiariedad. Es el criterio según el cual la cofinanciación con recursos públicos solamente procede en los eventos en que la persona no tenga suficiente capacidad de pago y, por lo tanto, podría acceder a los recursos del Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, de acuerdo con su situación relativa.

7. Finitud. Es la condición según la cual los recursos públicos disponibles y destinados a la cofinanciación de las prestaciones excepcionales en salud son finitos y, por lo tanto, hasta esa cuantía se puede responder anualmente por las prestaciones excepcionales de salud y por ello deben ser priorizadas.

ARTÍCULO 4o. EFICACIA DE LAS ÓRDENES DE LAS PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD.
Las órdenes de prestaciones excepcionales en salud por parte del médico tratante, sólo serán válidas y eficaces cuando cumplan los principios y procedimientos dispuestos en este decreto y sean autorizadas por el Comité Técnico de Prestaciones Excepcionales en Salud.

ARTÍCULO 5o. ALCANCE DE LAS PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD. En ningún caso se podrán considerar como prestaciones excepcionales en salud aquellas que no corresponden a la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

En consecuencia, no son prestaciones excepcionales en salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por no corresponder a prestaciones en salud, entre otras, las de educación, instrucción o capacitación; actividades recreativas o lúdicas; las prendas de vestir; las actividades e insumos cosméticos, estéticas, suntuarias o con fines de embellecimiento y los gastos generados por la presencia de acompañantes.

Tampoco serán objeto de cobertura por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud aquellas prestaciones que no cuenten con evidencia científica o que se encuentren en fase de experimentación; y aquellos medicamentos, suministros y dispositivos médicos, tecnologías, procedimientos, intervenciones, actividades y tejidos humanos, que sean producidos o introducidos en el territorio nacional de manera ilegal o no autorizada, entre otros, o los que no correspondan a los expresamente registrados, aprobados o autorizados,

de acuerdo con la normatividad vigente.

En los eventos en los que se otorguen prestaciones excepcionales en salud, como se definen en el presente decreto, éstas deberán estar discriminadas en cada uno de sus componentes tales como, actividades, intervenciones, dispositivos e insumos médicos, y medicamentos en el diagnóstico y prevención de la enfermedad, tratamiento y rehabilitación de la misma.

Las prestaciones excepcionales en salud, deberán ser facturadas desagregando cada uno de sus componentes, con el fin de que se pueda establecer con precisión las obligaciones a cargo del aseguramiento y aquellas que correspondan a prestaciones excepcionales en salud, a cargo del Fonpres.

CAPITULO II.

FONDO DE PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD.

ARTÍCULO 6o. FONDO DE PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD -FONPRES. Créase el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud - Fonpres-, como una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social, sin personería jurídica ni planta de personal propia, que se administrará a través de un patrimonio autónomo y se regirá por el derecho privado.

El Fonpres contará con instancias para la autorización de las prestaciones excepcionales en salud y para la organización de la red de prestadores y proveedores de servicios de salud.

El Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud -Fonpres tendrá como objeto recaudar, asignar, ejecutar y controlar los recursos destinados a la cofinanciación de las prestaciones excepcionales en salud y para ello el Ministerio de la Protección Social contratará:

- (a) Un administrador fiduciario que será quien represente y administre el patrimonio autónomo y,
- (b) gestores para la organización y administración de prestaciones excepcionales en salud, cuyas características, condiciones y funciones se establecerán por el Consejo de Administración del Fondo.

PARÁGRAFO 1o. Con los recursos del Fonpres se deben asumir los gastos inherentes a la

operación, administración, gestión y funcionamiento del sistema de las prestaciones excepcionales en salud, agotando en primera instancia, los rendimientos financieros producidos por los recursos administrados.

PARÁGRAFO 2o. Con cargo a los recursos de Fonpres no se podrá asumir la legalización de cuentas o recobros por prestaciones incluidas en los planes obligatorios de beneficios de ambos regímenes ni la provisión de bienes y servicios a los que se refiere el artículo 5o del presente decreto.

El Organismo Técnico Científico para la Salud que se cree para la regulación científica, inspección y vigilancia de la aplicación del método científico, podrá ser financiado con los recursos destinados al Fonpres en lo relacionado con los aspectos de las prestaciones excepcionales en salud.

ARTÍCULO 7o. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL FONPRES. El Fonpres contará con un Consejo de Administración conformado por:

1. El Ministro de la Protección Social o su delegado, quien lo presidirá.
2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.
3. El Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.
4. El Director del Instituto Nacional de Salud.-INS.
6. El Secretario de la Comisión Nacional de precios de Medicamentos o quien haga sus veces.
7. Un representante del Presidente de la República.

PARÁGRAFO. Los Ministros sólo podrán delegar en uno de los Viceministros y el Director del Departamento Nacional de Planeación en el Subdirector.

ARTÍCULO 8o. FUNCIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL FONPRES. El Consejo de Administración tendrá las siguientes funciones:

1. Definir las políticas y directrices generales de administración del Fonpres.

2. Priorizar anualmente el uso de los recursos del Fonpres y aprobar sus estados financieros.
3. Definir las características y condiciones de los gestores de prestaciones excepcionales en salud, así como los distintos aspectos relacionados con estos.
4. Definir los criterios generales para la administración de la lista de priorización y ordenamiento de las prestaciones excepcionales en salud.
5. Definir los criterios para la contratación, tarifas y precios en lo relacionado con las prestaciones excepcionales en salud.
6. Definir los requisitos y condiciones relativos a los pagos previos al proceso de auditoría.
7. Definir los criterios, procedimientos y mecanismos para la conformación y operación de los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud. Las reglas que al efecto se expidan deberán permitir que la actuación de los comités se realice en condiciones de transparencia, objetividad, imparcialidad e independencia profesional.
8. Aprobar la metodología y los criterios generales para determinar la real capacidad de pago del aportante y su grupo familiar y para establecer la cuota o valor a su cargo.
9. Definir y coordinar los mecanismos y lineamientos mediante los cuales se pueda construir la línea de base o punto inicial de referencia, a partir de la evidencia empírica y científica. Lo anterior, sin perjuicio de lo que le corresponde establecer al Organismo Técnico Científico definido en la ley.
10. Darse su propio reglamento.
11. Las demás que establezca el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 9o. GESTORES DE PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD. Las prestaciones excepcionales en salud serán coordinadas por los gestores de prestaciones excepcionales en salud que se contraten para el efecto, quienes desempeñarán las funciones que les sean determinadas por el Consejo Administrador del Fondo, entre las cuales se incluye la de hacerse parte en los procesos judiciales que se adelanten para obtener el reconocimiento de las prestaciones excepcionales en salud.

ARTÍCULO 10. RECURSOS DEL FONDO. El Fondo se financiará con los recursos del Impuesto sobre las Ventas a la cerveza y a los juegos de suerte y azar.

ARTÍCULO 11. FINANCIACIÓN DE LAS PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD. Las prestaciones excepcionales de que trata el presente decreto, se financiarán por los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que las requieran. Estas prestaciones serán cofinanciadas, total o parcialmente, consultando la real capacidad de pago del afiliado, de manera subsidiaria, exclusivamente con los recursos que la ley haya destinado al Fonpres para tal efecto, y hasta tanto se agote la disponibilidad presupuestal anual.

ARTÍCULO 11. (sic, es el 12) PAGO DE LAS PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD. Las prestaciones de servicios excepcionales en salud, previo proceso de auditoría, el cual deberá realizarse con base en una muestra definida con los estándares internacionalmente aceptados, sin perjuicio de que se requieran, de manera especial, revisiones con aplicación de metodologías distintas, serán pagadas máximo a los precios y tarifas definidos por el gestor de prestaciones excepcionales en salud, aún en el evento en que el cobro lo realice un prestador o proveedor que no pertenezca a la red de servicios excepcionales en salud.

En el evento en que el procedimiento, suministro, insumo, dispositivo o medicamento, no se encuentre en la relación de precios y tarifas definidos, quien pretenda su cobro al Fonpres, deberá allegar la factura o el soporte que lo sustituya, en los que conste el precio de compra al proveedor de origen, sea este nacional o extranjero, para efectos de definir el valor que puede ser reconocido a quien prestó el servicio, suministro, insumo o medicamento o aquel que se establezca para determinar el precio máximo a reconocer.

El Consejo de Administración del Fondo, previa evaluación podrá establecer los criterios para adoptar pagos previos al proceso de auditoría.

ARTÍCULO 13. INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL. Sin perjuicio de las competencias asignadas a otras autoridades, el Fonpres estará sujeto a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud.

CAPITULO III.

OTORGAMIENTO DE PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD.

ARTÍCULO 14. COMITÉS TÉCNICOS DE PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD. Los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud son la instancia responsable de definir sobre la procedencia de la autorización de las prestaciones excepcionales en salud que hayan sido prescritas o formuladas por el médico tratante, que podrán ser cofinanciadas por el Fonpres.

Estos comités tomarán sus decisiones consultando de manera obligatoria los principios previstos en el presente decreto, las definiciones, guías, protocolos, recomendaciones o doctrina médica emitida para tal fin por el Organismo Técnico Científico o en su ausencia, el Comité solo podrá decidir basado en la evidencia científica. Los integrantes de los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud se entiende que prestan un servicio público para todos los efectos legales.

Los operadores públicos y privados de bancos de información y/o bases de datos reportarán la información relevante para establecer la capacidad real de pago a las instancias que designe el Gobierno Nacional, para realizar la verificación en la forma y condiciones que se defina mediante decreto reglamentario. Esta información mantendrá la protección de datos personales a que hace referencia la Ley 1266 de 2009.

ARTÍCULO 16. FACILIDADES DE PAGO. El Gobierno Nacional reglamentará esquemas de financiación que puedan ser desarrollados e implementados por las entidades del sector financiero, cooperativo y cajas de compensación proporcionando a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud acceso a líneas de crédito que les permitan financiar las prestaciones excepcionales en salud, en lo que a ellos corresponda.

Para cubrir las obligaciones derivadas de las prestaciones excepcionales en salud los afiliados también podrán utilizar parcial o totalmente el saldo sin comprometer, que mantengan en su cuenta individual de Cesantías, ya sea de manera directa o mediante su pignoración.

Igualmente y para el mismo efecto, podrán disponer de los saldos acumulados en fondos o programas de pensiones voluntarias sin que se pierdan los beneficios tributarios que la ley les reconoce.

ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS DENOMINACIONES COMUNES INTERNACIONALES. Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud como servicio público esencial y

frente a todo medicamento que deba ser cancelado con cargo a recursos del Fonpres, será obligatoria la utilización de las Denominaciones Comunes Internacionales siempre que esta exista, en la formulación o prescripción de medicamentos. Este deber es aplicable frente a todo profesional que formule medicamentos cuya fuente de pago derive del Fonpres.

ARTÍCULO 18. REQUISITOS GENERALES PARA LA FORMULACIÓN O PRESCRIPCIÓN DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS. La formulación o prescripción por parte de los médicos tratantes vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de cualquier prestación excepcional en salud de que trata el presente decreto, será consecuencia de haber utilizado y agotado las posibilidades terapéuticas del Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud.

CAPITULO IV.

PERIODO DE TRANSICIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE PRESTACIONES EXCEPCIONALES EN SALUD.

ARTÍCULO 19. PERÍODO DE TRANSICIÓN. Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplicarán a partir de su promulgación, salvo en lo concerniente a la financiación con cargo al Fonpres y a los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud previstos en este decreto, aspectos que entrarán en vigencia cuando se cumplan seis (6) meses desde la promulgación del presente decreto. Durante el periodo de transición, se aplicarán las siguientes reglas:

1. El Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, continuará tramitando y financiando el pago de los recobros. El Ministerio de la Protección Social revisará el presupuesto definido para la vigencia 2010 en el Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, para la asunción de los recobros, en consideración a los principios y medidas adoptadas en el presente decreto.
2. Los Comités Técnicos Científicos creados por la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifican, decidirán sobre la procedencia de las prestaciones excepcionales en salud de que trata el presente decreto, aplicando, a partir de la fecha de su promulgación y hasta la finalización del periodo de transición, los principios y demás reglas establecidos.
3. Para el reconocimiento y pago de los recobros por prestaciones excepcionales en salud

que sean efectuadas durante el período de transición, se aplicarán las tarifas y precios publicados en la página web del Ministerio de la Protección Social.

4. Durante el período de transición y mientras se contrata el patrimonio autónomo de que trata el artículo 60 del presente decreto, con los recursos destinados al Fonpres se podrán financiar los gastos de operación, gestión y funcionamiento del sistema de prestaciones excepcionales en salud, excepto lo que asume durante la transición el Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga.

PARÁGRAFO. Las fuentes de recursos definidas en el artículo 10 para la financiación del Fonpres dentro del periodo de transición, se administrarán por parte de la Dirección General del Crédito Público y del Tesoro Nacional, en una cuenta independiente, una vez concluido el periodo de transición, se transferirán al Fonpres.

ARTÍCULO 20. RADICACIÓN, RECONOCIMIENTO Y PAGO DE RECOBROS ANTE EL FOSYGA. Para el reconocimiento y pago de los recobros por prestaciones excepcionales en salud que sean efectuadas durante el periodo de transición, el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga continuará aplicando las reglas y el procedimiento vigentes para el efecto. Las entidades recobrantes tendrán un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la fecha de ocurrencia del evento o nacimiento de la obligación para radicar el recobro, en consecuencia, se subroga en este sentido, el plazo al que se refiere el artículo 13 del Decreto -ley 1281 de 2002.

Una vez obtenido el resultado de auditoría sobre los recobros presentados por las entidades recobrantes, éstas tendrán derecho a radicar nuevamente por una única vez la reclamación debidamente subsanada, surtido este trámite no será procedente una nueva radicación.

ARTÍCULO 21. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga, seis (6) meses después de su entrada en vigencia, el artículo 188 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 121 del Decreto-ley 2150 de 1995, y el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

Publíquese y cúmplase,

Dado en Bogotá, D.C., a 21 de enero de 2010.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro del Interior y de Justicia,

Fabio Valencia Cossio.

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 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 Mildenberg.

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 Guerrera de la Espriella.

El Ministro de Transporte,

Andrés Uriel Gallego Henao.

La Viceministra de Cultura Encargada de las funciones del despacho de la Ministra de Cultura,

III. INTERVENCIONES:

1. Intervenciones que solicitan la exequibilidad del Decreto 128/10

1.1. El Ministro de Hacienda y Crédito Público:

Dentro del término legal, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, atendiendo el requerimiento que hizo el Magistrado Sustanciador mediante auto del 2 de febrero de 2010, intervino para defender la constitucionalidad del Decreto Legislativo 128 del año que avanza. Para tal efecto, indica que el conjunto de normas adoptadas en tal Decreto, buscan de manera directa conjurar la crisis provocada por el desbordamiento de la demanda y por los costos de los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, los cuales se vienen financiando con cargo a los excedentes de la subcuenta de compensación del FOSYGA. Ello por cuanto el Sistema de Seguridad Social en Salud creado por la Ley 100 de 1993, se centró en el financiamiento y la sostenibilidad del aseguramiento obligatorio de la población y no previó la demanda de prestaciones en salud por fuera de las coberturas de dicho aseguramiento.

Explica que la legislación ordinaria introdujo una regulación parcial para el reconocimiento y otorgamiento de prestaciones en salud no incluidas en el POS Contributivo, que se concretó en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, norma que dispuso que los comités técnico-científicos son los responsables de decidir en qué casos procede el otorgamiento de medicamentos no incluidos en el POS Contributivo, cuando se presenten controversias entre

el afiliado a una EPS y el prestador del servicio de salud. Sin embargo, el alcance de ese literal fue modulado por la sentencia C-463 de 2008 que determinó la exequibilidad condicionada de dicho literal, en el sentido de que la única interpretación ajustada a la Constitución Política es que no solo se otorguen medicamentos sino también servicios NO POS y que dicho otorgamiento a través de los comités técnico-científicos de las EPS se haga extensivo a los afiliados del Régimen Subsidiado.

Afirma que desde que la Ley 1122 de 2007 y la sentencia C-463 de 2008 comenzaron a socializarse y a producir efectos concretos a finales del año 2008, se presentó un cambio dramático en el comportamiento de la demanda de prestaciones NO POS que implicó un desbordamiento tanto en el número de solicitudes como de sus costos, los cuales deben asumir las entidades territoriales respecto de los afiliados al Régimen Subsidiado y el FOSYGA-Subcuenta de compensación respecto de los afiliados al Régimen Contributivo. Así, “se advirtieron en noviembre de 2009 unos déficits corrientes insostenibles fiscal y financieramente en uno y otro caso, todo lo cual motivó directamente la declaratoria de la Emergencia Social mediante el Decreto 4975 de 2009, en la medida que dichos déficits amenazan con generar una crisis estructural por la desfinanciación inminente del aseguramiento obligatorio de la población afiliada al Régimen Subsidiado y al Régimen Contributivo, dado que dichos déficits tendrían que ser cubiertos con recursos del aseguramiento, es decir, la cobertura esencial de la población que se garantiza a través del POS”.

Agrega que los déficits corrientes que presentan una tendencia a convertirse en estructurales, amenazan también la viabilidad financiera de las EPS a las cuales no se les pagan los recobros oportunamente debido a que el crecimiento abrupto de los costos por concepto de lo NO POS, no estaban previstos institucionalmente en el diseño del sistema y desbordan la capacidad de financiación con cargo a los recursos de las transferencias y esfuerzos propios de las entidades territoriales, así como con cargo a los excedentes de la subcuenta de compensación del FOSYGA.

Seguidamente, expone que las medidas adoptadas en el Decreto 128 de 2010 constituyen, de manera directa, una respuesta a la crisis provocada por el crecimiento abrupto de la demanda y de los costos de las prestaciones NO POS, como ya se mencionó, y de manera indirecta, una respuesta a la ausencia o falla de una regulación integral sobre el

otorgamiento de servicio y medicamentos que exceden los beneficios incluidos en el POS del Régimen Contributivo, como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, al indicar que existe una laguna en la regulación del trámite para autorizar los servicios considerados NO POS.

Haciendo un recorrido por cada artículo de la norma objeto de estudio, sostiene que la introducción de una regulación integral que abarca la definición de cuáles son las prestaciones excepcionales en salud, en qué condiciones se otorgan, cuáles son las instancias para su otorgamiento y qué determina las fuentes específicas de financiación en procura de reducir ostensiblemente la presión fiscal sobre los entes territoriales y de impedir hacia el futuro que se produzca un déficit estructural en la subcuenta de compensación del FOSYGA, optimiza el sistema y contribuye de manera eficaz a brindarle estabilidad económica al mismo.

Añade que el Decreto 128 de 2010, al enunciar en el artículo tercero los principios que rigen el otorgamiento de las prestaciones excepcionales en salud a cargo de los recursos públicos destinados a este fin, materializa varios de los elementos que la jurisprudencia nacional ha destacado como esenciales para autorizar una prestación no incluida en el POS, cuales son: la necesidad de prestar el servicio requerido al paciente; el orden en la prelación del servicio solicitado atendiendo a su urgencia, “pues cuando el Sistema General de Seguridad Social en Salud es insuficiente para cubrir las exigencias de toda la población en lo relacionado con servicios NO POS, no queda otra opción que intentar cubrir, con prioridad, los servicios de las personas cuyas necesidades en salud son de orden vital”; la inexistencia de otra opción de servicio incluido en el POS que habilite el otorgamiento de la prestación excepcional en salud; el manejo razonable de los recursos para beneficiar a la colectividad; y, la cofinanciación o financiación total de los servicios NO POS que el paciente requiere, siempre que éste o sus familiares no tengan la capacidad económica suficiente para cubrir el pago de los servicios excepcionales en salud que necesite. Adicionalmente, al hacer referencia concreta al principio de finitud que establece el numeral 7º del artículo 3 del Decreto Legislativo 128 de 2010, el señor Ministro expone que su regulación pretende asegurar la viabilidad del sistema frente a las prestaciones excepcionales en salud, por cuanto los recursos públicos destinados son limitados y finitos.

Indica que al crearse el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud “FONPRES”, se

pretende que éste sea la herramienta idónea para enfrentar la crisis de financiamiento de los servicios de salud que exceden el POS Contributivo, mediante la constitución de un patrimonio autónomo cuyos recursos están por fuera del presupuesto y que permiten aliviar la carga a las entidades territoriales y a la subcuenta de compensación del FOSYGA. Al tener recursos propios recaudados del impuesto sobre las ventas a la cerveza y a los juegos de suerte y azar, el Fondo garantiza el derecho a la salud de la colectividad “ya que [con el anterior sistema] los recursos destinados a cubrir el aseguramiento obligatorio a través del Plan Obligatorio en Salud, se estaban desviando hacia el cubrimiento de los servicios NO POS”. En este sentido, precisa que las fuentes previstas en el Decreto 128 de 2010 para financiar el FONPRES son recurrentes, es decir que, “si bien se agotan en cada anualidad presupuestal, también cada año van a generar los recursos necesarios para financiar en forma sostenible en el tiempo las prestaciones excepcionales en materia de salud que se vayan autorizando”. Así, explica que anualmente el FONPRES contará con recursos propios estimados en cerca de 800 mil millones de pesos, los cuales alcanzarán para cubrir las prestaciones excepcionales en salud a las personas que no tengan la capacidad de pago suficiente para sufragar la totalidad del servicio que requiera con necesidad.

De otra parte, manifiesta que la creación de los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud tiene una clara justificación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (T-760 de 2008), la cual había identificado serios vacíos normativos sobre la regulación de los Comités Técnico Científicos. A diferencias de éstos, los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud no serán instancias meramente administrativas sino cuerpos de médicos pares o instituciones acreditadas científicamente para valorar la necesidad y la pertinencia médica en cada caso definida en principio por el médico tratante.

Aduce que la viabilidad del sistema de salud parte del eje que las personas que tengan capacidad de pago asuman total o parcialmente las prestaciones excepcionales en salud respondiendo con ello al principio de solidaridad, por lo cual el artículo 15 del Decreto 128 de 2010 se ocupó de regular que el FONPRES autorizará tales prestaciones previa verificación de la capacidad de pago real del afiliado y de su núcleo familiar, e incluso, en los artículos subsiguientes dispuso facilidades de pago para cubrir los servicios NO POS, entre ellas, la utilización del auxilio de cesantías como medio de garantía o financiación de las prestaciones excepcionales en salud, ya que dicho auxilio constituye un ahorro individual que equivalen al

“salario diferido” que no se consume inmediatamente por el trabajador.

A continuación, hace un análisis económico y financiero de las causas y medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 128 de 2010. Para tal efecto, dando respuesta al primer ítem del cuestionario que elaboró el Magistrado Sustanciador, aporta la siguiente información:

i. Incremento de los recobros por los servicios NO POS:

El Sistema General de Seguridad Social en Salud creado mediante la Ley 100 de 1993, en su concepción inicial y en su análisis financiero, no incluía la prestación de servicios de salud diferentes a los contenidos en el Plan Obligatorio de Salud. Sin embargo, durante el proceso de consolidación del sistema, a partir de un gran cúmulo de decisiones judiciales, surgió la atención denominada NO POS, cuyo comportamiento reciente explica que se haya convertido en una de las principales amenazas a la sostenibilidad económica del sistema.

Según aduce el señor Ministro, el número de recobros ante la subcuenta de compensación del FOSYGA pasó de 1.088 casos en el año 2000 a 2'089.597 casos en el año 2009, y de 4.2 miles de millones de pesos a 2 billones de pesos en el mismo período. Sólo en el año 2009, el valor de los recobros correspondió al 20% del total de los recursos de esta cuenta, cuyo destino es el aseguramiento de cerca de 18 millones de afiliados al régimen contributivo.

Explica que desde el año 2007 el incremento, tanto en el número como en el monto de los recobros ante el FOSYGA por prestaciones NO POS, muestra un comportamiento desbordado. En efecto, entre 2007 y 2009, el número de recobros aumentó en 101%, mientras el valor de los mismos incrementó en un 150%.

Para respaldar los anteriores datos, anexó las bases de datos de recobros administrados por el Consorcio FIDUFOSYGA, a saber:

Número y valor de recobros ante el FOSYGA 2000-2009

Número

Valor (\$)

2000*

1088

4,243,707,788

2001

638

5,312,065,336

2002

68.986

56,741,403,512

2003

133.070

113,708,143,232

2004

156.788

170,154,746,532

2005

257.309

265,184,808,391

2006

555.055

570,020,905,611

2007

1.018,762,350,922

2008

1.657.461

1.759.402.261.989

2009**

2.089.597

2.050.216.972.289

*/ Incluye radicados de 1997, 1998, 1999 y 2000

**/ Corresponde a radicados hasta diciembre 15.

Fuente: Base de datos de recobros administrada por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, 2009.

Valor de los recobros presentados al Fosyga, 2000-2009

(Millones de pesos)

Así mismo, plantea que el importante aumento de los recobros entre el 2007 y el 2008, en particular entre el segundo semestre de 2007 y el mismo periodo de 2008, se explica en el pago de fallos de tutela que se incrementaron al eliminarse ciertos requisitos para realizar dichos recobros, atendiendo las órdenes consignadas en la sentencia T-760 de 2008 y una acción popular de 2007 que había obligado a acelerar los pagos.

De igual forma, puntualizó que una estimación de los recobros para la totalidad de año 2009

mostraría que los recursos destinados a este fin han tenido un crecimiento marcado en los últimos 3 años y constituyen un gran riesgo para el equilibrio financiero del SGSSS. Mientras en el año 2007 se pagaron recobros por valor de \$643 mil millones, en el año 2008 se pagaron \$1.2 billones y se estima que para diciembre de 2009 dichos pagos ascendieron a \$1,85 billones, lo que arrojaría un crecimiento en el último año de 54.2%.

i. Incidencia sobre los recursos del aseguramiento en el régimen contributivo y su sostenibilidad. Análisis a partir de la ejecución presupuestal de la subcuenta de compensación del FOSYGA:

En este punto, manifiesta que el comportamiento del valor de recobros reconocidos por prestaciones NO POS en el Régimen Contributivo observadas en el año 2009, muestran que el otorgamiento de la protección del derecho a la salud ha venido produciendo una asignación de recursos del SGSSS para los servicios no incluidos en los planes de beneficios, situación que marca una tendencia estructural de ascenso que afecta el equilibrio financiero del sistema.

Así, precisa que “la dinámica de gasto de lo NO POS ha venido agotando los excedentes financieros de la subcuenta de compensaciones, que técnicamente debe contar con una reserva, y en el corto plazo, finales de 2009 y principios de 2010, será necesario recurrir a los ingresos corrientes de la subcuenta, con lo que se desfinanciaría el pago de la UPC que se reconoce a las EPS por cada uno de los afiliados del Régimen Contributivo, y el pago de las prestaciones económicas”.

Lo anterior se evidencia con el análisis efectuado a partir de la ejecución presupuestal de la Subcuenta de Compensaciones del FOSYGA (ingresos y compromisos), reportada por el Ministerio de la Protección Social a la Dirección General del Presupuesto Público Nacional, para el periodo 2003 a 2010, a saber:

Ejecución presupuestal de la subcuenta de Compensación 2005-2010

Explica que con ese panorama, resultaba evidente la imperiosa necesidad de adoptar

algunas medidas que permitieran mitigar el riesgo inminente de que a mediados del año 2010 se estuviera frente a una situación financiera insostenible en el régimen contributivo. Por ello, estima que las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 128 de 2010, permiten mitigar ese riesgo y liberar los recursos de la subcuenta de compensación del FOSYGA para que sean destinados a financiar prestaciones asistenciales y económicas. Sostiene que “sin las medidas de emergencia se hubiera tenido poco margen para adoptar por las vías ordinarias, con la celeridad que demandaba la situación, los arreglos institucionales y financieros para afrontar la crisis”.

i. Incidencia en la equidad:

En apretada síntesis, esgrime que la utilización de la acción de tutela genera una afectación del principio de equidad, porque con los recursos de la cuenta de compensación del FOSYGA se están cubriendo los servicios en salud de un grupo pequeño de personas que con frecuencia no responden a criterios de relevancia médica o evidencia científica, frente a las necesidades de salud de la generalidad de la población o de identificación de aquellos servicios que generan mayores beneficios para la sociedad en general. Se prioriza el favorecimiento de un interés individual sobre el general, lo cual afecta la garantía del goce efectivo del derecho a la salud para todos los habitantes del territorio nacional.

i. Incidencia en el flujo de recursos:

Arguye que en las múltiples relaciones que surgen entre los integrantes del sistema, en los últimos meses se han venido presentando fallas, demoras, desviaciones y obstáculos de diferente orden que han afectado y agravado el flujo de los recursos del SGSSS a sus diferentes agentes, lo que conlleva ineficiencias que a la vez que los perjudican, pone en riesgo el acceso a los servicio de salud de la población. Ejemplo de ello es el monto de la cartera existente entre el FOSYGA y las EPS.

A renglón seguido, respecto al segundo ítem del cuestionario, plantea que el comportamiento de los gastos NO POS es realmente abrupto y acelerado, pues mientras el crecimiento para el

período 2003 a 2008 fue del 2100%, para el período 2003 a 2009 fue del 3824% y que las estimaciones para el año 2010 es del 5069%.

Posteriormente, al dar respuesta al ítem tercero del cuestionario, manifiesta que las entidades territoriales informaron al Ministerio de Protección Social de la situación deficitaria que presentaban en el año 2009 para la atención de la población pobre no asegurada y de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, la cual se refleja en la siguiente tabla:

Departamento/

Distrito

Valor déficit corriente estimado a 31 Dic/2009

Amazonas

-1.665.706.589

Antioquia

-160.405.193.979

Arauca

-13.057.931.774

Atlântico

-13.188.063.461

Barranquilla

-16.500.000.000

Bogotá

-136.191.375.553

Bolívar

-18.000.000.000

Boyacá

-23.792.661.242

Caldas

-22.138.323.691

Caquetá

-15.848.158.000

Casanare

0

Cauca

-16.260.209.000

Cartagena

-17.180.765.578

Cesar

Chocó

-8.966.711.062

Córdoba

-12.628.000.000

Cundinamarca

-21.210.150.901

Guainía

0

Guaviare

-2.185.238.495

Huila

-20.614.283.011

La Guajira

-15.913.242.702

Magdalena

-9.323.989.077

Meta

-10.594.362.569

Nariño

-30.405.203.623

Norte de Santander

-35.500.219.804

Putumayo

-10.114.846.021

Quindío

-18.293.141.526

Risaralda

-10.046.000.000

San Andrés

0

Santander

-39.141.415.796

Santa Marta

-13.704.493.133

Sucre

-13.626.311.723

Tolima

-8.493.701.339

Valle del Cauca

-111.804.100.393

Vaupés

-799.015.480

Vichada

Total

885.236.880.076

Fuente: Información certificada por los departamentos y distritos al Ministerio de la Protección Social

Luego, para explicar las proyecciones que ha realizado el Gobierno Nacional respecto del impacto de las medidas financieras adoptadas por el Decreto 128 de 2010 (ítem cuarto del cuestionario), informa que de manera rápida se conjura la crisis que se visualizaba a finales de 2009, toda vez que a partir del segundo semestre de 2010 la subcuenta de compensación del FOSYGA no tendrá a cargo el pago de lo NO POS de los afiliados al régimen contributivo, dado que la responsabilidad a partir de dicha fecha será del Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud “FONPRES”, creado por el Decreto Legislativo 128 del año que avanza. De esta forma, espera que el resultado de esa subcuenta sea el equilibrio financiero entre ingresos y gastos. Apoya su dicho en el siguiente cuadro:

Finalmente, tratándose de la proyección del recaudo de los recursos que componen el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud, indica que a través de la expedición del Decreto Legislativo 127 de 2010 se pretende ampliar la consecución de recursos mediante la modificación de impuestos indirectos del orden nacional y territorial, así:

i. Impuestos Nacionales:

Aduce que se modificó el impuesto sobre las ventas aplicable a las cervezas, incrementando progresivamente su tarifa al 14% para el periodo comprendido entre el 1° de febrero y el 31 de diciembre de 2010, y a la tarifa general del 16% a partir del 1° de enero de 2011. Esta modificación permitirá un mayor recaudo proyectado por este concepto de \$193 miles de millones durante el 2010 y de \$344 miles de millones para el 2011.

Respecto del impuesto sobre las ventas aplicable a los juegos de suerte y azar, se incrementó la tarifa actual del 5% a la general del 16%. Este aumento en la tarifa implicará un mayor recaudo proyectado de \$146 miles de millones para el 2010 y de \$249 miles de millones para el 2011.

En este orden de ideas, arguye que estas modificaciones permitirán a la Nación obtener un

mayor recaudo, por dichos conceptos, de \$339 miles de millones para el 2010 y de \$593 miles de millones para el 2011, los cuales se destinarán a superar las causas de la emergencia, en 2010 se destinarán a financiar las prestaciones excepcionales en salud, y partir de 2011 la totalidad de los ingresos por IVA a la cerveza y a los juegos de suerte y azar tendrán la misma destinación.

i. Impuestos Territoriales:

Respecto de los impuestos del orden territorial, manifiesta que el Decreto 127 de 2010 estableció la unificación de las tarifas del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, la cual será de \$650 durante el 2010 y de \$700 durante el 2011. Esta modificación permitirá un mayor recaudo proyectado por este concepto de \$115 miles de millones para el 2010 y \$165 miles de millones para el 2011. Del total del recaudo bruto de dicho impuesto se establece que el 21% durante el 2010, y el 24% para el año 2011, serán destinados a la unificación de los planes de beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, subsidiariamente, a la financiación de las prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, en caso de agotarse los recursos destinados a tal fin.

En cuanto al impuesto al consumo de licores, esgrime que se modificaron las tarifas a partir del 1º de febrero de 2010 por unidad 750 cc o equivalentes, así: para productos de hasta 35º de contenido alcoholimétrico, \$256 por cada grado, mientras que para productos de más de 35º de contenido alcoholimétrico la tarifa será de \$386 por grado alcoholimétrico. Así, se proyecta un mayor recaudo por este concepto de \$60 miles de millones adicionales para el año 2010. Los recursos adicionales por este concepto se destinarán a la unificación de los planes de beneficios del SGSSS y de manera excepcional, podrán destinarse a la financiación de las prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, únicamente en caso de que la totalidad de los recursos destinados para dichos servicios, llegaren a agotarse.

1.2. El Ministro de la Protección Social:

Dentro del término legal, el Ministro de la Protección Social, atendiendo el requerimiento que

hizo el Magistrado Sustanciador mediante auto del 2 de febrero de 2010, intervino para defender la constitucionalidad del Decreto Legislativo 128 del año que avanza. Su exposición se centra en argumentos similares a los planteados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, e incluso compartieron en sus intervenciones datos estadísticos y tablas informáticas que ya fueron relacionadas en el numeral anterior. Adicionalmente, agrega algunas otras explicaciones que fundamentaron la expedición del Decreto Legislativo objeto de revisión, de las cuales nos ocuparemos seguidamente.

Concretamente, sobre el incremento abrupto y acelerado de los recobros por medicamentos y servicios NO POS, manifiesta que mientras en el periodo comprendido entre 1997 a 2000 se recibieron en el Ministerio 387 recobros por medicamentos excluidos del plan de beneficios por valor de \$675'827.567,00 y se pagaron 364 solicitudes por un valor total de \$669'481.809,00, así como se recibieron 701 solicitudes de recobro por decisiones de tutela por un valor de \$3.567'880.221,00 y de éstas se pagaron 357 solicitudes por valor de \$3.108'790.944,00, esas cifras han venido en constante ascenso al punto que solo en el año 2009, a corte del 31 de noviembre, se radicaron en el FOSYGA un total de 2.357.868 de recobros por valor de \$2.289.754'.931.233,38. De este total, 1.412.462 recobros se presentaron por medicamentos NO POS, por la suma de \$1.251.259'824.160,65 de los cuales se han pagado \$991.131'230.043,09 correspondientes a 1.213.553 recobros. Señala que al mismo corte del año 2009, se recibieron 945.406 recobros ordenados por tutela los cuales ascienden a la suma de \$1.038.495'107.072,73 y se han pagado efectivamente \$620.874'419.117,76 correspondiente a 582.077 recobros.

En su concepto, las anteriores cifras indican que mientras en el periodo comprendido entre 1997 a 2000 el total de pagos efectuados a las EPS y EOC equivalían al 0.05% de las UPC reconocidas y pagadas en el mismo periodo por el régimen contributivo, y al 0.001% de las UPC-S pagadas en el mismo lapso en el régimen subsidiado, solo en el año 2009 el pago total efectuado por concepto de prestaciones NO POS equivale al 19.59% de las UPC reconocidas y pagadas durante ese año en el régimen contributivo, y al 6.00% de las UPC-S pagadas en el régimen subsidiado. Expone que los porcentajes elevados que se reportaron en el último trimestre del año pasado, comprometían estructuralmente la estabilidad económica y financiera del sistema, por lo cuento era necesaria la intervención inmediata por parte del Gobierno Nacional en procura de afrontar la inminente crisis.

De otro lado, esgrime que las EPS del régimen contributivo reportaron que de los ingresos recibidos por Unidades de Pago por Capitación, han tenido que invertir cerca del 86% en gastos y prestaciones de servicios, situación que las deja técnicamente sin posibilidades de acreditar el patrimonio mínimo exigido por la normatividad vigente so pena de ser revocado su certificado de funcionamiento. Precisamente, indica que, la Superintendencia Nacional de Salud informó que de un total de 24 EPS del régimen contributivo, el 25% de estas entidades durante la vigencia 2009 fueron requeridas por incumplimiento del indicador mínimo patrimonial, “porcentaje muy alto que demuestra la situación de iliquidez que están presentado las EPS que administran el régimen contributivo”.

Lo propio acontece con las EPS-S, las cuales han sufrido un impacto de gastos equivalente al 89% de los ingresos que reciben por Unidades de Pago por Capitación Subsidiado, situación que también las ha llevado a capitalizarse drásticamente para acreditar el patrimonio mínimo exigido y las ha dejado sin capacidad de solvencia inmediata para el manejo de la actividad aseguradora. Señala que “de un total de 48 EPS del Régimen Subsidiado, el 44% de estas entidades durante la vigencia 2009 han sido requeridas por la Superintendencia Nacional de Salud por incumplimiento de este indicador [el patrimonial]”, porcentaje que también considera como excesivo y que se traduce en una falta de liquidez preocupante. Sumado a la anterior problemática, agrega que “los ingresos percibidos por concepto de la cotización del régimen contributivo y la participación en los ingresos corrientes de la nación, que son en últimas los recursos con los que se financia el sistema de aseguramiento, los gastos NO POS representaron para el año 2009, el 8.95%, lo que significa que el 100% de los recursos destinados a 40 millones de afiliados al régimen contributivo y subsidiado, casi el 9% se destinó a cubrir prestaciones por fuera de los planes de beneficios de 376 mil personas, lo que significa que el 0.94% de la población asegurada consume casi el 10% de los recursos lo que genera un evidente inequidad”.

Además, plantea que al verificar los gastos de la cuenta de compensación y de solidaridad año tras año, se presenta en forma sistemática un agotamiento de los excedentes de dicha subcuenta. Su apreciación la sustenta en las siguientes tabla y gráfica:

Recobros vs. Excedentes

Fuente: DGF-Grupo de Análisis y Gestión del FOSYGA

Fuente: DGF-Grupo de Análisis y Gestión del FOSYGA

Sobre ellas, explica que en los últimos dos años el valor pagado de la subcuenta de compensaciones (\$1.171.534'059.805,00) en el año 2008 equivale aproximadamente al 126% de los excedentes de esa vigencia certificados en cuantía de \$930.584'719.913,52, y para el año 2009, el valor el valor estimado de esta subcuenta (\$1.855'678.222,00) respecto de los excedentes en cuantía de \$1.212.366'452.690,10 representan el 153%. Esta circunstancia por sí misma evidencia una amenaza a la sostenibilidad financiera del sistema y a su vez, pone en riesgo la continuidad de la prestación del servicio público de salud.

A renglón seguido, el señor Ministro arguye que una de las mayores problemáticas que existe alrededor del recobro, está dada por la diferencia de precios entre aquellos que los laboratorios manifiestan son los de venta y que obran en el Sistema de Vigilancia de Precios de Medicamentos SISMED, y aquellos que son recobrados al FOSYGA y que obran en las facturas emitidas por las IPS. La siguiente tabla incluye algunos ejemplos de estos casos:

Fuente: Base de Datos de Recobros, Fidufosyga 2005

Agrega que la anterior situación se hace evidente y aún más gravosa, si se tiene en cuenta cómo en el mercado internacional, los precios de los medicamentos en Colombia, presentan un sobreprecio, como se evidencia en el cuadro siguiente con algunos ejemplos:

Con base en los anteriores datos, calcula que los costos de los recobros por medicamentos fácilmente pueden estar incrementados en un 32%, lo que significaría que la medida de controlar el valor máximo a reconocer por recobro podría generar unos ahorros aproximados de 400 mil millones de pesos.

Por último, señala los mismos datos estadísticos que informó el Ministro de Hacienda y Crédito Público frente al contenido de los informes que el Gobierno Nacional ha recibido de los Departamentos y del Distrito Capital, relacionados con el crecimiento significativo en la demanda de medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado y que presentan un importante déficit de recursos en la prestaciones de

estos servicios, y a los recursos con los que contará el FONPRES.

1.3. La Presidencia de la República:

El Secretario Jurídico de la Presidencia de la República defiende la exequibilidad del Decreto 128 de 2010, aduciendo que cumplió con los requerimientos que la Constitución Política y la Ley 137 de 1994 establecen para su expedición, esto es, la firma del Presidente de la República y de todos los Ministros del Despacho, la motivación debida y la oportunidad por cuanto fue expedido estando en vigencia el Estado de Emergencia Social.

Indica que de acuerdo con las cifras del Ministerio de la Protección Social¹, el comportamiento de los gastos NO POS es realmente abrupto y acelerado porque “mientras el crecimiento para el período 2003 a 2008 fue de dos mil cien por ciento (2100%), para el periodo 2003 a 2009 fue de tres mil ochocientos veintitrés (3823%) y sería -según estimaciones- de cinco mil sesenta y nueve por ciento (5069%) para el año 2010”. Así, considera que este gasto muestra una aceleración exagerada que compromete el goce efectivo al derecho a la salud y a la vida de la población colombiana, “por lo que se hacía necesario adoptar medidas extraordinarias tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso, condiciones, límites, fuentes de financiación y mecanismo para la prestación de servicios de salud y provisión de medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Por consiguiente, estima que el Decreto 128 de 2010 constituye una respuesta a la ausencia o falla de una regulación integral sobre prestaciones NO POS, pues el crecimiento de los recobros contra el FOSYGA hacía sustancialmente inmanejable el sistema y superaba toda previsibilidad del Gobierno ya que, como consecuencia de las decisiones tomadas por los Comités Técnico-Científicos y los fallos de tutela que se presentaron después de la sentencia T-760 de 2008, dichos recobros pasaron de 1.088 en 2000 a más de 2 billones en 2009 y el valor, de \$4.2 miles de millones a más de \$2 billones en el mismo periodo.

Específicamente respecto del texto del Decreto Legislativo 128 de 2010, afirma que los artículos 1° y 2° definen y regulan los principios, mecanismos, condiciones, instituciones y recursos, destinados a la prestación de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, determinaciones que en su sentir resultan óptimas en la medida que establecen un marco regulatorio que busca analizar y otorgar con prioridad tales

prestaciones a la población que realmente lo requiera con necesidad.

Sostiene que el artículo 3° enuncia los principios que de ahora en adelante deben regir el otorgamiento o aprobaciones de las prestaciones excepcionales en salud. De este modo, los principios de necesidad y pertinencia se enfocan a que dichas prestaciones se concedan solo a las personas que no puedan asumirlas con recursos propios y previa evidencia científica sobre el carácter indispensable de las mismas; el principio de priorización surge a partir de la premisa según el cual el reconocimiento de las prestaciones excepcionales en salud está limitado a la disponibilidad de recursos establecidos para el efecto, por lo mismo resulta indispensable fijar un orden de prelación para la atención de los servicios NO POS; el principio de excepcionalidad responde a la necesidad de que las prestaciones excepcionales en salud sean atendidas con recursos públicos sí, y solo sí, no existe otra opción dentro del SGSSS, más concretamente dentro del POS, que pueda cubrir y atender los requerimientos médicos del afiliado; el principio de razonabilidad obedece a la necesidad de permitir que el SGSSS beneficie a toda la colectividad, ello por cuanto quienes autoricen las prestaciones excepcionales en salud en el ámbito público, van a tener que definir cómo y en qué casos se distribuyen los recursos limitados; el principio de subsidiariedad indica que la cofinanciación con los recursos públicos del SGSSS proceda solamente en los eventos en que la persona no tenga suficiente capacidad de pago, por lo tanto, implica un desarrollo de la solidaridad constitucional; y, el principio de finitud “hace referencia a las restricciones y límites que se generan en el SGSSS, lo que no es más que un mecanismo que asegura la viabilidad del sistema frente al abuso en la aprobación de prestaciones excepcionales en salud”.

Plantea que el artículo 4° del Decreto 128 de 2010 exige para la eficaz prestación excepcional ordenada por el médico tratante, que la orden cumpla con los principios y procedimientos dispuestos en el Decreto y que sea autorizada por el Comité Técnico de Prestaciones Excepcionales en Salud. Ello para brindar mayor garantía en la importancia, priorización y necesidad del servicio NO POS.

Respecto al artículo 5°, esgrime que “se dicta en atención a la orden impartida por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, ante la precisión hecha respecto de la poca claridad existente acerca de los servicios que hacían parte del Plan Obligatorio de Salud, y los que no”. De esa forma, afirma que dicho artículo aclara cuáles prestaciones no serán financiadas con cargo a recursos públicos, como son las que no son en su esencia servicios

de salud, o las cosméticas, que tradicionalmente han estado excluidas de las coberturas del aseguramiento obligatorio por no responder a una necesidad para la salud o la vida de la persona, o aquellas cuya introducción al país no ha sido autorizado por las autoridades y pueden poner en riesgo la vida o salud de las personas.

Indica que el artículo 6º del Decreto 128 de 2010, crea el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud como un mecanismo idóneo para enfrentar la crisis de financiamiento de los servicios de salud que exceden el POS contributivo, por fuera del presupuesto, mediante un patrimonio autónomo que busca separar los recursos que tiene el fondo de los que hacen parte del Presupuesto General de la Nación. De esta forma, señala que se liberaran los recursos de la Subcuenta de Compensación del FOSYGA, los cuales se destinarán para financiar las prestaciones asistenciales y económicas del Régimen Contributivo, tal como había sido definido por la Ley 100 de 1993.

A su vez, precisa que el artículo 7º define la instancia de gobierno del FONPRES y su conformación, y el artículo 8º enumera las funciones taxativas a cargo del Consejo de Administración del FONPRES, dentro de las cuales se encuentran las de definir las políticas, directrices y criterios generales para la ordenación del gasto, así como de las tarifas y precios con los que se contraten o paguen las prestaciones excepcionales en salud, y de fijar la metodología y criterios para definir el valor a cargo de los usuarios con capacidad de pago. Indica que el artículo 9º crea la figura de los gestores de prestaciones excepcionales en salud, quienes organizarán la red prestadora y la compra centralizada de medicamentos y dispositivos médicos que se requieran por las personas.

Tratándose del artículo 10, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República señala que el FONPRES contará con dineros propios recaudados del impuesto sobre las ventas a la cerveza y a los juegos y azar, situación que deja entrever que los recursos si bien se pueden agotar en cada anualidad presupuestal, también cada año van nuevamente a generarse para ayudar a la sostenibilidad y viabilidad del sistema. También estima que el artículo 11 se ajusta a la Constitución, porque al establecer que las prestaciones excepcionales en salud se cofinanciaran con recursos del FONPRES previa consulta de la real capacidad de pago del afiliado, desarrolla el principio jurisprudencial fijado en la sentencia C-463 de 2008, según el cual, “para el otorgamiento de las prestaciones en salud No-Pos vía de tutela, la capacidad de pago del usuario en salud es determinante para conceder la protección constitucional en

cada caso".

Frente al artículo 12 considera que establece un procedimiento mínimo para reglamentar el pago de las prestaciones excepcionales en salud y que el artículo 13 de manera congruente consagra un diseño del sistema contando con las instancias de inspección, vigilancia y control sobre el FONPRES, función que entrega a la Superintendencia Nacional de Salud. Igualmente, expone sobre el artículo 14 que la creación de los Comités Técnicos de Prestaciones se justifica en la jurisprudencia constitucional que advirtió la existencia de vacíos normativos sobre la regulación de los CTC. Estima que tales Comités no serán meras instancias administrativas, sino cuerpos de médicos pares o de instituciones acreditadas científicamente para valorar la necesidad y la pertinencia médica en cada caso definida en principio por el médico tratante.

Respecto al artículo 16 que establece facilidades de pago para que los usuarios puedan financiarse las prestaciones excepcionales en salud, esgrime que responde a una exigencia de la jurisprudencia constitucional por brindar garantías adecuadas para que las personas puedan acceder con oportunidad a créditos y a maneras de pago efectivas. Frente a los artículos 17 y 18, los considera consistentes con las normas generales del SGSSS pues estipulan para las prestaciones incluidas en los planes de beneficios del aseguramiento obligatorio o POS, el uso de las denominaciones comunes internacionales para medicamentos que van a financiarse con cargo a los recursos del FONPRES, y la regla de agotar las posibilidades de prevención y terapéuticas previstas en cada caso concreto.

Finaliza diciendo que los artículos 19, 20 y 21 se ajustan a la Constitución porque establecen cómo funcionara el sistema y los recobros hasta que, en un tiempo prudencial de 6 meses, comiencen a funcionar cada uno de los nuevos mecanismos creados por el Decreto 128 de 2010.

1.4. La Superintendencia Nacional de Salud:

La Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud conceptúa que el Decreto Legislativo 128 de 2010 es constitucional. Para apoyar manifestación, indica que la expedición del Decreto bajo estudio cumple con las exigencias formales que señala la Constitución Política para los de su clase porque: (i) Se dictó en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas al Presidente de la república por el

artículo 215 superior, la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4975 de 2009, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia Social; (ii) se firmó por el Presidente y todos sus ministros en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, debiéndose anotar que para la fecha de expedición del Decreto se encontraban encargados de las funciones del Despacho, los Viceministros de Comercio Exterior y de Cultura; y, (iii) se expidió el 21 de enero de 2010, término que se encuentra dentro del límite máximo de 30 días autorizado por el artículo 215 de la Constitución.

A continuación, realiza un examen sobre los rasgos generales y específicos del estado de emergencia económica, social y ecológica, y posteriormente, estudia la validez superior del Decreto 128 de 2010. Frente al primer tema, señala que el estado de excepción que originó la expedición del citado Decreto, según el artículo 215 superior, se presenta cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país o que constituyan grave calamidad pública diferentes a los hechos que deben tenerse en cuenta en los casos a los que se refieren los artículos 212 y 213 ibídem. Así, precisa que el objeto esencial de la emergencia social es conjurar la crisis y detener o minimizar la extensión de sus efectos con miras a regresar la situación de normalidad anterior a ella. Por ende, plantea que las medidas que adopte el Gobierno Nacional solo pueden estar dirigidas a atender materias que se relacionen directa y específicamente con el estado de excepción. Considera que en el caso concreto se respetaron los parámetros básicos que rigen la declaratoria de emergencia social, por cuanto existía una grave amenaza a la sostenibilidad del SGSSS del país, debido a la crisis financiera del sector generada por la creciente demanda de servicios y medicamentos NO POS, que comprometen en forma significativa los recursos destinados al aseguramiento y genera un serio menoscabo a la liquidez de las EPS e IPS.

Tratándose del segundo tema, esto es, del examen concreto de validez del Decreto Legislativo 128 de 2010, estima que éste “persigue no solo el acceso al servicio de salud de los usuarios sino la posibilidad de obtener, sin que medie la acción de tutela, prestaciones excepcionales en salud, para lo cual establece medidas idóneas para la prestación del servicio de Salus, las autorizaciones de las prestaciones y la financiación dependiendo la capacidad de pago del usuario”. A su vez, defiende la creación del FONPRES con fuentes de recursos propios e idóneos, y de los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud por cuanto se convierten en un control por parte del Estado para determinar la

procedencia de las prestaciones excepcionales. Agrega que los Comités en sus actuaciones pueden y/o deben formular las recomendaciones y observaciones necesarias para amparar y proteger los derechos e intereses de las personas.

Concluye expresando que la verificación previa de la capacidad real de pago del solicitante o de su núcleo familiar, responde al principio de solidaridad y permite a los afiliados del SGSSS financiar las prestaciones excepcionales en salud a través de líneas de crédito preferente, del uso total o parcial de cesantías y de los saldos acumulados en fondos o programas de pensiones voluntarias.

1.5. La Asociación de Empresas Gestoras del Aseguramiento de la Salud - GESTARSALUD:

Solicita la declaratoria de exequibilidad del Decreto 128 de 2010 al estimar que este “atiende en su integridad las exigencias formales y materiales que la Constitución Política y la ley determinan para conjurar la crisis que actualmente se presenta para garantizar la continuidad de los servicios de salud en el sistema general de seguridad social en salud y eventualmente para impedir la extensión de sus efectos”.

Estima que las motivaciones expresadas por el Gobierno en el decreto cumplen con los requisitos de conexidad y suficiencia entre la declaratoria y cada una de las medidas adoptadas con base en el estado de excepción, así como con los principios de finalidad, necesidad y proporcionalidad que exige el ordenamiento jurídico.

Señala como causa preponderante de la crisis el hecho de que la prima de aseguramiento, que se calculó desde el origen del sistema, nunca consideró que bajo el mismo concepto se iba a cobijar en el futuro el pago de servicios no incluidos originalmente en la canasta de beneficios del régimen subsidiado.

Destaca que “esta anómala situación, no tuvo una intervención oportuna, ni administrativa ni financiera, por parte de los órganos reguladores, legislativo y de inspección, vigilancia y control.

Con el uso frecuente de los servicios que se llaman “NO POS”, se produjo una cadena de acontecimientos, liderados más por la inercia sectorial, que por una elaborada política decidida a resolver el problema de raíz”

Manifiesta que en el último semestre del año 2009 creció considerablemente la cartera de los entes territoriales por concepto de recobros hechos por aseguradoras y prestadoras de servicios, desbordando toda capacidad de pago. De no intervenirse este fenómeno, los entes territoriales departamentales quedarían a punto de tornarse inviables financieramente, afectando a los aseguradores y prestadores y creando un riesgo inminente de suspensión parcial o total de acceso de los ciudadanos más vulnerables al servicio de salud.

Expone que el 40% de los servicios NO POS corresponde al pago de medicamentos, que en su mayoría son susceptibles de mejores negociaciones de compra, por la vía de la economía de escala, inaplicada por la dispersión de las reclamaciones.

El decreto establece unas “muy interesantes soluciones no coyunturales sino estructurales al problema aquí planteado, y resuelve al futuro la situación, evitando que se vuelva a presentar”.

A juicio de la interviniente “una de las conquistas más importantes que trae el Decreto 128, hace relación a la aceptación explícita por parte del Estado Colombiano, de su responsabilidad para la atención de las prestaciones excepcionales, liberando a las EPS de esta inapropiada labor, que se adelantó con gran responsabilidad social pro muchos años”.

No obstante manifiesta que “rechaza de plano y completamente” la medida consistente en que el gobierno obligue o incite a los ciudadanos a acceder a las cesantías o los fondos de pensiones, o a endeudarse para atender las denominadas prestaciones excepcionales. A juicio de la interviniente este aspecto de la regulación sería inexequible, “respetando el marco general del decreto”.

2. Intervenciones que solicitan la inexequibilidad del Decreto 128

2.1. Centenares de ciudadanos manifestaron a la Corte su oposición al decreto examinado. Algunos de ellos adhirieron a otras intervenciones como a la presentada por la Comisión Colombiana de Juristas, otros, por su parte presentaron su propia intervención, pero los argumentos esenciales expuestos se encuentran subsumidos en las intervenciones que aquí se reseñan. Otras intervenciones por su parte, exponen opiniones y quejas sobre la reforma que no están relacionadas con los parámetros para el ejercicio del control de constitucionalidad. Los ciudadanos que a través de diversos escritos, de adhesión o directos,

solicitaron la inexequibilidad del Decreto 128/10 fueron los siguientes:

Luís Humberto López, Asociación Colombiana de Endocrinología Pedriátrica, Luz Stella Ruiz de Barbosa y otros (Asociación de Usuarios de Sanitas), Alicia Tafur Gualteros (Asufinc), Carmen Julia Fajardo Contreras, Hilda Castilla de Alarcón, Ana Delia Torres de Pérez, Jasmín Ramos, Mariana _obrevi Guerrero Guzmán, Martha Emilia Osorio C., Teofila Vallecella Rodríguez, Carlos Julio Celis Roa, Ariel Medina Fernández, _obr José Bermúdez O., Luz Edith Ardila Garzón, _obrev Laverde Borbón, Juan Eudes Orjuela, Eliana Paula González Rodríguez, Ana Patricia Abril Vivas, Luz Dary Naranjo, Marisol Rios Conde, Jorge Eduardo Bonilla Osorio, Miguel Ángel Morales Aragón, Hugo Andrés Medina Ayala, Gilma María Medina Ayala, Gloria Ayala C., Alexandra Acevedo Perdomo, María Abery Granados Herrera, Nelly Roncancio, Alberto Acosta Olarte, Olga Patricia Cárdenas, Héctor Rivera P., Fidelina Parado Rojas, Javier Mauricio García Céspedes, Magda Gissell Medina, Teresa Muñoz, Nubia Stella Cortés Muñoz, Luz Teresa Cortés Muñoz, Tobías Acosta, Cecilia _obreviv, Antonio C. Moreno, María Aurora Clavijo, Héctor Alfonso Jáuregui, Henry Humberto Ramos Bustos, Jeaneth Muñoz Muñoz, María Acosta Novoa, Olga Cecilia Viracacha De Rodríguez, Rosa Cristina Tinoco C., Lorena Rodríguez V., Marco Abel Rodríguez, Antonio Rodríguez, Diana _obrevivi Sandoval Martínez, Juan de Dios Birnate Barón, Ceneida Azcárate, Wilson Alberto López González, Carlos _obrevi A., Erika Varón Caicedo, Antonio _obrevi A., Libardo Moscoso, Delia Meza Espitia, Ciudadano CC. 79966608, María Sánchez, Yuli Paola Moreno, Lucy Stella Moreno, _obrev _obreviv Herrera, _obrevivi Herrera, _obrevi Eliana Hernández Toro, John Villamizar Álvarez, _obreviv Andrea Bermúdez Villarraga, Alexandra Pedraza Rodríguez, Sonia Esperanza Zapata de Ruiz, María Angélica Chamorro, Juan Carlos Segura Alzate, Angie Lorena Guevara Ruíz, Patricia Alvarado Moreno, Alonso Nonato Bejarano o otros, María Garzón Franco, Liliam Carolina Romero A., Delia Mariela Acero de Romero, Carlos Julio Romero Romero, Liliam Carolina Romero A., _obre Bello _obrevi, Alonso Nonato, Tulia Pinzón De Garzón, Adriana María Garzón Pinzón, Ciudadano CC 51609164, Diego Armando Acuña Rodríguez, Paola Andrea Rojas Torres, Wilson Alexander Jiménez Lozano, Jhonatan Alexis Espitia Aguilar, Luz Esperanza Cuertas Gómez y otros, Amparo Onofre Cortés (AMESE), Diana Alejandra Rodríguez Cortés y otros, Manuel E. Rubio Ávila, Jorge Ernesto García Rojas - Fundación Retorno Vital, Gilberto Lotero, Ruth Barrera, Paul Andrés García, Yonis Jiménez Castro, María Teresa Giraldo, María del Carmen Muñoz, Sandra Patricia Gil Aragón, Álvaro Hernán Paredes González, Fabiola Ruíz, José Antonio Muñoz, Francisco Javier Rodríguez, Blanco Idalia, Concepción Ardila, José Willson Barón Ramos, Juan Carlos Gordillo Rojas, Bernardo Bociga Sandoval, Luz Delio, Javier Eduardo

Motta Cortés, Belarmino Espinosa López, Nancy Romero, Leonardo Batista Morales, Gerardo _obrevivi Silva, Abdón Gordillo R., José Orlando Bermúdez, Giomar Liliana _obrevivi, Iván Montenegro, Néstor Álvarez, Fundación Para el Paciente de Artritis (Funpar) - _obrev Romero de Vásquez, Jorge Humberto Cruz _obrevivi, Alexander Eduardo Asprilla Fetiva, Ivonne Lady Prada Molina, Iván David _obre Durán, Ricardo Castillo Mateus (Asociación de Pacientes con Tumores Neuroendocrinos Fénix), Beatriz Molina Rodríguez, Armando de Jesús Duque Duque (Asociación Colombiana de Trauma) - Oswaldo A. Borráez Gaona, Néstor Álvarez (Red de Apoyo Asociación de Usuarios Programa Nueva EPS), Wilson Daniel Antolino Pérez y otros, Elizabeth Gallardo Pérez, Héctor Eliécer Vásquez Ledesma, Josefina Bernat de Hurtado (Fundación Colombia de Apoyo al Paciente Reumático), Rafael Augusto Manrique Figueredo, Asociación Colombia Saludable - Denis Honorio Silva Sedano, Dilia Mariela Acero de Romero (Asociación Colombiana de Ostomizados), Claudia Patricia Urrego de González, Josefina Bernat de Hurtado (Fundare), Juan Fernando Cano Romero, José Fernando Serrano Amaya, María del Rosario Juanita Rueda de Ardila, María Mecedes Rueda Gutiérrez, Luisa Bernal Rueda, Armando de Jesús Duque Duque (Fundación Mariana pro Fibrosis Quística), Pedro Julio Pardo Castañeda, Germán Enrique Reyes Forero y otro,- Germán Hurtado Rincón Perfetti y otros (G&M de Colombia Abogados), Jesús Darío Mora Calvo (Asociación Sindical Independiente de Profesionales de la Fundación Universitaria Autónoma), Tatiana Heredia Pieschacón (Fundación Enlace), Elizabeth Amórtegui Romero (Alcolon), Miguel Ángel Enciso Pava, Isabel González y otros, María Milena Méndez Moreno, Luz M. Jaramillo, Sandra Yaneth Millán, Carlos Andrés _obrevivi Cruz, María Dolores Sánchez, Cortés, Lina María Villalba Sánchez, Johan Esteban Buitrago Villaba, Orlando Ignacio Villalba Díaz, Jeisson Steven López Alfonso, Angie Johanna Villalba Sánchez, Patricia Roa Vega, Adriana Quevedo, Bibiana Rodríguez Garzón, Laureano García Ávila, Pablo Burgos, Miltón Hernán Lasso, Mayolis Castro, Ángel Pedro Beltrán Pérez, Luís Alberto Pardo, Gloria Bolívar, Héctor Moreno S., Alberto Bello Pérez, Luz Molina, Riquelva de los Ríos Carvajal, Sulmayicel Barajas Molina, Víctor E. Nieto, Jennifer León Ibáñez, Oscar Javier Rodríguez C., José Amézquita, Jesús Helena Rodríguez Sierra, _obrev Laverde Borbón, Carlos Jurado M., Luz Dary Naranjo, Beatriz Eugenia Gómez Serna, Marlene Galindo, Elizabeth Gómez, Gloria Martínez, María Sofía Millán, Elia Torres, John Jairo Bolívar _obre, Magda Elinne Vargas Cortés, Euclides Bolívar, María Helena Fúquene Ibáñez, Pablo Antonio Vargas, Luís Jesús Silva, Eustorgio González, Mariana Contreras, Cristian Javier Bolívar Fúquene, Inés de Rivera, Lilia Reinoso Sánchez, Hernán Euclides Bolívar Fúquene, Aldo Giovanni Bolívar Fúquene, Iván Darío Bolívar _obre, Sandra Milena Solis Torres,

Henry Daniel Torres, Yudi Paola Aguilar Pinzón, William Alfonso López F., Jeimy Ramírez R., Julio Cesar Quintero C., Blanca E. Díaz López, Oscar Uriel Jiménez Rincón, Leidy Fabiola Jiménez Rincón, Diana Ayala Jiménez, Yuli Andrea Heredia Rojas, Gerardo Acosta Jiménez, María Jobita Clavijo, Ana Isabel Betancur, Nancy López G., Yeni Lorena Londoño Vargas, Elvia Sofia Suárez, Sonia Esperanza Zapata, Carmen Cecilia García, Bernardo Garzón, July Alexandra Acevedo Perdomo, Flor Inéz Porras R., Eugenia Wilchez Gómez, _obrevivi Quintero Ladino, Maria Sarmiento de Méndez, Clementina Carvajal R., Silvia González V., _obre Camargo, Juan Eudes Orjuela, Eslena Riaño, María Bernanda Acosta, _obrev Castro, Misael Mendivelso, Johan Rodríguez, Fildina Durán M., Francisco Fonseca Gil, Teresa Castiblanco, Alba Castiblanco de Sánchez, Aura M Cantor C., Clemencia Luna, _obrev Rodríguez, Ricardo Asprilla González, Lina Paola Tafur Gualteros, Marco F. Acosta Herrera, Patricia Cantillo, Fabián David Rojas González, Martha Liliana Bello Aya, Guillermo Gallego Larrarte, Doria Gañan, Gloria Martínez, Aureliana Blanco Jiménez, Luz Helena García Martínez, Nury Patricia Figueredo Muñoz, Blanca Isabel P., Ana Milena Flórez, Aura Lina Gómez, _obrevi Herrera Zurro, Mery Bibiana López, Betty Amparo Benjumea González, Manuel Alfonso López Jiménez, Alba Luz _obre Arciniegas, Diana Janneth Torres Pulido, Leidy Liliana Lozano Moyano, _obre Leonardo Orozco Clavijo, Edgar Andrés Valdés, Sergio Andrés Medina, Oscar Marino M., Lorena Herrera Salazar, Oscar Salazar de los Ríos, Jorge Eduardo Bonilla Osorio, María Nelly Saavedra, Henry Gabriel Rodríguez Aponte, Teotiste López Vargas, Yeison A. Barajas Molina, Adelina Rojas de Araújo, Elena Castro, Ciudadano CC 41733437, Luz Amparo Serrano Gil, Fernay Orlando R., Marcela Buitrago, María Virginia Mesa García, María H. _obrevivi, Olga Suárez, _obrev Prías _obrev, Alexandra Alayón Velásquez, Mónica Garay _obrevi, Diana Perdomo Serrano, Carlos Andrés García _obrevivi, Claudia Sofía González Rodríguez, José Wilson Durán Navas, Mariela Rojas T., María Cristina Cepeda Neira, Ciudadano CC 24116690, Miguel Antonio Castillo Ramos, Querubín Nova, María Dilia Ramírez Molano, María del Jacinto Sierra, Cindy Marcela Quintero Velásquez, Patricia Martínez, Mireya Valencia Martínez, Ciudadano CC 19058239, Cindy Paola Pinto García, Tatiana Jasbleydi Moreno Lugo, Adalys Morales, Marlene Moreno, Gina Paola Parra Pérez, Elizabeth Suárez R., Carmen Elena Buitrago Buitrago, Neila Abril Abril, Alejandra Quintero Vera, Welsy C. Captuago Agudelo, William Cupita Rodríguez, Henry Escala P., Yency Pataquiva Zambrano, Socorro Mosquera T., Leyla Marina Hurtado Giraldo, _obrev Esther Bustamante Navarro, Carlos Bernal, Leonardo Rojas Ramírez, Anayibe Ramos, Ruth Molina Delgadillo, Leonardo Nossa Nossa, Johanna Carolina Nossa, Eulalia Gaitán González, Benjamín García Galeano, Jhon Fredy Escudero Cabezas,

Myriam Nossa Nossa, José J Nossa Nossa, Jorge Usma Cárdenas, José Ignacio Nossa C., Esther Emilia Nossa Garzón, Marco Alirio Ríos Muscoso, Alexandra Ríos Conde, Juan Carlos Meza Pedreros, José Arnulfo Numpaque, Timer Zaraza Sánchez, María Elías Conde, Jeimmy Tatiana Ríos Conde, Nydia Viracachá, _obrev Murillo Guzmán, Yadira Cruz O., Albaluz Chico Aruca, Ciudadano CC 46917692, Emilder Rubén Bueno Mejía, _obrevi López Charo, Gilma María Medina Ayala, Santiago Caldas V., Aliz Teresa Reyes, Clara Y. Ayala Castiblanco, Gerardo V. Honduras, Bejarano Ismare Virupo, Jorge Eduardo Segura Romero, Jorge Bernal Ordóñez, José Oviedo, Yenni Carolina Suárez Castro, Nataly Salazar H., Magda Bibiana Lazaro Garzón, Jorge Enrique Bello Aya, María Elena Aya Mora, Fabio Andrés Celis Martínez, Ciudadano CC 519419750, Marcela Castellana, Susana Martínez Romero, Yina Milena Lara Díaz, Luz Marina Ramírez, Zenaida Cumanica G., Rosa María Acevedo Cristiano, Belarmina Sanabria, Edison Herrera Folleco, Leidy M. Peña C., John F. Garcés Camacho, Cindy Mateus Pérez, Pedro Ancizar Cohcera Garay, Carol _obrev Pulido Vela, Sonia Acevedo Rodríguez, Antonio Rodríguez, María Quintero, Diana _obrevivi Sandoval Martínez, María Aurora Castro Benavides, Janeth Camargo Castro, Evidalia _obrevivi, _obrevi Castro Benavides, Ludivia Molina Garcés, Myriam Camargo Castro, Juan Camilo Martínez Camargo, Gineth Paola Martínez Camargo, William Fernando Sánchez, María Edelmira _obreviv, Luís Arturo Gordillo Bustos, Oscar González Escobar, Isabel Bustos Gordillo, Luís Alejandro Rojas Gordillo, Adela Valbuena, Nohora Moreno Peña, Ricardo Forero, Luz Marina Ochoa Torres, Sor Ángela Ramírez, Yanny Alexandra Delgado, Alejandrina Pinzón Porras, José Gildardo Martínez, Marta Rubio, Helena Rubio, Doris Camargo Castro, Marly Arias, Paulina Caballero, Margarita Valencia, Dolores Rojas De Ruiz, Ignacio Ruiz Ruíz, Rosa Aranda Castañeda, Fernando Godoy Aranda, Efrén Godoy Aranda, Cecilia Tique Tique, Luis Antonio Rodríguez, Ana Martínez Rondón, Aura Herminia Díaz Salamanca, Fredy Alonso Díaz Díaz, Aura María Sanabria, Sandra Milena Vásquez Ortegón, Elizabeth Cruz Castillo, Alexander Galindo Páez, Alexander Sánchez Zuluaga, Diana María Salazar Sanabria, Carmen Rosa Castillo Rodríguez, Matilde Rodríguez, Gloria I Abreo Beltrán, María A. _obrevi, Henry A. Rocha Muñoz, María Teresa Pinta, Yamil Bermúdez Bermúdez, Lia Janneth Rivas Pava, Ricardo Andrés Mora Orozco, Jairo Barón Molina, Ciudadano CC 36166270, Paulina Celis Avellaneda, Jilmer Armando _obrevivi, Jeaneth Muñoz Muñoz, Hans Castillo Pulido, Ciudadano CC 51626008, Ciudadano CC 41530490, Andenago Ramos Rincón, Myriam Moreno, Leonor Carvajal Carrillo, Yeimmi Viniana Mora S., Ana Milena Moreno Suárez, Olga Estella Rodríguez Duarte, Jenny Brillith _obrevivi Pérez, Gloria Inés Cardona Rios, Virginia Esther Cárdenas M., Sonia _obrevivi Garzón, Ángela María

Torres Vásquez, Alba Mery Vázquez González, _obrevi Bernal Vélez, Luis Alberto Bahos Hurtado, Juan Francisco Castillo Rodríguez, Luz Dary Rodríguez García, Jhon Humberto Díaz Osorio, Sabina Guerrero, Ana Elsy Castañeda Escudero, Norma Consatanza Martínez, Luis Daniel Bernal Vargas, Jenny Mireya Uyaban Rodríguez, Mery Johanna _obrevivi Osorio, Olga Susana Osorio Hernández, _obrev Pérez Amaya, _obreviv Tatiana Espitia Osorio, Pedro Antonio Ciprión Martín, Agripina Bejarano Bejarano, María Fidelina Bejarano, Helí García, María Nelly Saavedra, Yasmine Oyada Cabrera, Daniel Pinto García, Marisel Medina, Ramón Fajardo P., Gloria Stella Pulido Perdomo, Ciudadano CC 19398142, Ana Isabel Prieto, Martha Lucía Toro Orozco, Juan Guzmán, Carlos Antonio Sánchez, Luís _obrevi Vargas, Yudi Lorena Santofimio, Carmenza Martínez, Beatriz Elena Cuentas, Carlos Julio Colmenes, Rául Albeiro Cuellar, Tatiana Bautista Lasso, Blans Antonio Pisciotli López, Gabriela Carrera, Ciudadano CC 6791447, Ciudadano CC 32871 467, Maribel Esther Charris L., Nubia Cristian Gambasila, Ruth Marina _obre Correal, Berenice Jiménez Lemos, Luz Marina Torres, Germán Daniel Sánchez Torres, Darley Ossa Marquéz, Ciudadano CC 6750043, Carlos E. Ticono Carrasquella, Ciudadano CC 20276887, Ana S. Palacios L., Adela Carrasquilla De Tinoco, Gabriel Ignacio Tinoco Carrasquilla, Rosa Helena Tinoco Carrasquilla, Eloisa Peréa Adarve, Julio Enrique Rodríguez Prieto, Miriam Bocanumet Jaramillo, Gloria Mora Rojas, Alejandro Castro F., Diego Eduardo Montero, Tito Alirio Callasas Gutiérrez, Marco A. Vega B., Hilda Becerra Dueñas Orozco, Rafael Segundo Mier Avendaño, Nilson Mario Muñoz Mendoza, Lina María Muñoz Mendoza, Andrea Liliana Garzón Galvis, Doris Ana Muñoz Ruiz, _obrevi González Castillo, Maria E Majarrez Ariza, Zonia Carreño M., Olga Rocio Aula Cardona, Rosa María Ospina, José Escales Barbal, Adiana Moreno Ballen, Leopoldo Mendoza Torres, María Elena Muñoz Mendoza, Luis Gabriel Rojas Muñoz, Wilmer Daniel Rojas Muñoz, Luis Alberto Bahos Hurtado, José Leonardo Suárez Duarte, Felix Pardo Sáenz, María Inmaculada Gaspera, Martha Cecilia Villalba Díaz, Esperanza Vega, Norbey Palacio Montes, Margarita Díaz Mayorga, Diana Marcela Barreto Torres, Ingrid _obrev Sánchez Torres, _obre Paola Ardila Barbosa, Luis Alberto Rojas, Luis Marcian, Marisol Rios C., Juan Camilo Rivera Rugeles, Clotilde Alonso Molina, María Dolores Bustos Rodríguez, Luz Mariela Castillo Cuaita, Donis Lobo Herrera, María Herrera, Omar Alexander Vera López, Ligia Pardo de Gómez, Jorge E. Segura C., Merdano Rivera Niño, Liliana S. de Arévalo, Luís Carlos Benavides, Nelly A. Velandia A., Bayardo de Jesús Ariza Olarte, Ciudadana CC 25334800, Guillermo Antonio Cardona Moreno, Luís Eduardo Celis Méndez, Jorge Eliécer Carrillo Espinosa, Carlos Alberto Torres Corredor, Omar Hernández G., Pedro Santana Rodríguez, Nadia Viviana Tacha Gutiérrez, Carlos

Hernando Lozano Acosta, Lina Paola Malagón Díaz, Comisión Nacional de Juristas – Gustavo Gallón Giraldo, Sociedad Colombiana De Anestesiología Y Reanimación – Yazmín Higgins Turbay, Ministerio De Hacienda Y Crédito Público – Javier Eduardo Noguera Rodríguez, Ruth Beltrán López, Carlos Vicente De Roux Rengifo, Luís Humberto López y otros, Jairo José Arenas Romero, Aycardo González Gálvez, Federación Odontológica Colombiana – Jaime Enrique Donado Manotas, Luz Stella Santamaría González, Central Unitaria de Trabajadores y Otros – Rafael Alberto Molano Piracoca.

I. La Comisión Colombiana de Juristas:

i. La inconstitucionalidad del decreto que declara el estado de emergencia social vicia de inconstitucionalidad los decretos que la desarrollan

La norma que fundamenta el Decreto 128, es decir, el Decreto 4975 de 2009, es inconstitucional y por ende el Decreto 128 de 2010 lo es por consecuencia. Esta afirmación la basa en que el Decreto matriz que declara la emergencia social no cumple con los presupuestos fáctico, valorativo y de juicio de insuficiencia de medios ordinarios.

Tratándose del presupuesto fáctico, expone que deben existir dos componentes para acreditarlo: uno mediante el cual se debe constatar la existencia de los hechos aducidos por el Gobierno Nacional para declarar el Estado de Emergencia Social y otro en el cual se debe demostrar que dichos hechos tienen el carácter de obreviviente. Respecto a estos dos componentes, la Comisión considera que los hechos que motivaron la expedición del Decreto 4975 de 2009 “no se presentaron en forma extraordinaria o anormal”, toda vez que la problemática estructural que afronta el SGSSS se ha identificado desde hace algunos años por estudios especializados de la academia, los órganos de control y la Corte Constitucional, al punto que el Gobierno nacional tuvo tiempo para distinguir las causas que generan la crisis.

En lo que respecta al presupuesto valorativo, éste analiza por qué no cualquier hecho que perturbe o amenace perturbar el orden social, económico o ecológico del país, o que

constituya una calamidad pública, habilita al Gobierno Nacional a declarar el estado de emergencia. Explica que tal hecho para ser idóneo, debe ser grave e inminente. Teniendo claro lo anterior, plantea que uno de los hechos aducidos por el Gobierno para sustentar la declaratoria del Estado de Emergencia Social, es el estado de iliquidez de algunas EPS tanto del sistema contributivo como del subsidiado. Estima que dicho hecho “no implica necesariamente una crisis _obreviviente del sistema de salud, sino que resulta ser la consecuencia obvia de que dicho sistema esté en el mercado”.

Frente al juicio de insuficiencia de los medios ordinarios, la Comisión afirma que “si bien las circunstancias de un sistema estructuralmente en crisis requiere de la total atención del Estado, el modelo adoptado por Colombia de Estado social y democrático de derecho ha previsto distintas herramientas para que sean adoptadas medidas que garanticen la confluencia de los distintos intereses del pueblo, sin necesidad de acudir a limitaciones del sistema democrático”. Así, arguye que el Gobierno Nacional no agotó la instancia legislativa, ni la solvencia adecuada al FOSYGA.

Por las anteriores razones, considera que el Decreto 4975 de 2009 debería ser declarado inconstitucional, y como consecuencia de ello, el Decreto 128 de 2010 debería correr la misma suerte.

I. Las medidas adoptadas en el decreto no respetan los principios de necesidad, proporcionalidad y motivación suficiente

El Gobierno Nacional no cumplió con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y motivación suficiente exigidos para las medidas que son tomadas en desarrollo de un estado de excepción. Las disposiciones del Decreto Legislativo 128 de 2010 resultan desproporcionadas frente al fin perseguido, pues en procura de buscar el equilibrio económico del sistema se están restringiendo elementos esenciales del derecho a la salud, al punto de suponer un retroceso en el nivel de protección de tal derecho y del de seguridad social.

Concretamente, frente a las prestaciones excepcionales en salud, sostiene que si bien el Gobierno Nacional identificó como causantes de la crisis del sector, la alta demanda de

servicios no cubiertos en el POS y el excesivo recobro de medicamentos, no lo es menos que para conjurar los problemas no se puede restringir el acceso efectivo a los servicios de salud y a los medicamentos esenciales. Considera que el aumento significativo en el recobro de prestaciones NO POS, se debe a que los Planes Obligatorios de Salud de ambos regímenes nunca han sido actualizados atendido a la estructura demográfica de la población, al perfil epidemiológico, a la tecnología apropiada disponible en el país y a las condiciones financieras del sistema. Así, afirma que para limitar la alta demanda de servicios NO POS, una respuesta adecuada no es limitar los mismos, sino buscar alternativas que impliquen la generación de recursos en procura de atender los casos que comprometen el derecho a la vida digna.

Además, la medida de restringir el acceso a las prestaciones excepcionales en salud no resulta proporcional, pues de un lado se trata del traslado de la responsabilidad del Estado en materia de prestación del servicio de salud hacia los usuarios, en la medida en que la alta demanda de medicamentos y servicios NO POS no es un hecho súbito sino que se ha venido configurando paulatinamente, sin que el Estado hubiese tomado las previsiones necesarias para responder a estas necesidades en la población colombiana, aún contando con un mecanismo para ello, cual es, el proceso anual de actualización de medicamentos y servicios contenidos en el POS conforme a los avances científicos y tecnológicos de la disciplina médica.

La creación de barreras administrativas que obstaculizan el acceso efectivo de las personas a los servicios de salud. Según los impugnantes el Decreto en estudio impone una serie de barreras administrativas para el acceso de las personas a los servicios de salud, como son: convalidación de decisiones de los médicos tratantes sobre prestaciones excepcionales en salud, creación de instancias para la autorización de las mismas ante el FONPRES, creación de gestores y determinación de la capacidad de pago de los pacientes y su grupo familiar. Dichas barreras, consideran, no son necesarias para superar la crisis del SGSSS, toda vez que implican mayores exigencias administrativas que pueden contribuir a un colapso del sistema, y además no es posible determinar su relación con los hechos aducidos por el Gobierno Nacional.

Adicionalmente, no resulta ni proporcional ni necesario que, frente al incremento de los recobros de las EPS al FOSYGA, y la insuficiencia de los mecanismos y procedimientos para la distribución y giro de los recursos, sea el afiliado o su grupo familiar quienes deban asumir el

costo del procedimiento o servicio no cubierto por el POS. Una revisión periódica del POS, que atienda los avances científicos y tecnológicos, mecanismo ordenado en la Ley 100 de 1993, es una medida más adecuada para evitar los recobros por cuenta de medicamentos y servicios NO POS.

Finalmente, señalan que el Gobierno no cumplió con el deber de motivación suficiente, como quiera que invoca como causales para adoptar las medidas previstas en el Decreto 128, las mismas que adujo para declarara el estado de excepción; de tal manera que el Gobierno no expresa claramente cuáles motivos establecen la relación de conexidad entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia y las medidas que se adoptaron en el marco de dicha declaratoria.

(iii) EL Decreto 128 desconoce la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales

De acuerdo con los impugnantes de la norma examinada, este viola la obligación contraída por el estado colombiano (Art. 2.1 del PIDESC) de abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, comoquiera que somete el disfrute del derecho a la salud a obstáculos que no existían con anterioridad a la legislación de emergencia. Esta regresividad se aprecia en que:

a) Las prestaciones excepcionales en salud son otorgadas conforme a principios contrarios al efectivo disfrute del derecho a la salud. Dando carácter absoluto al principio de eficiencia, se quebrantan los principios de universalidad, solidaridad, protección integral y calidad que rigen la prestación del servicio público de la salud.

b). Se resta eficacia a las órdenes de los médicos tratantes y se menoscaba la autonomía profesional, al condicionar las prestaciones excepcionales en salud al agotamiento de todas las alternativas terapéuticas previstas en el POS, y autorización del Comité Técnico de Prestaciones Excepcionales en Salud. Esta regulación desconoce el derecho que asiste a los pacientes de contar con un servicio de salud con calidad y oportunidad, que responda a los estándares de la ciencia médica, de tal manera que las actuaciones de los profesionales de la salud se orienten por el deber supremo de asegurar la prevención y el tratamiento adecuado y oportuno de las afecciones a la salud física y mental de los pacientes.

c) El Gobierno Nacional en lugar de remover los obstáculos que de conformidad con la sentencia T-760 d3 2008 se oponen a la efectiva garantía del derecho a la salud, mediante el Decreto 128 de 2010 los aumenta. Estas barreras serían la necesidad de convalidación de las decisiones de los médicos tratantes (Arts. 4° y 14); la creación de nuevas instancias para la autorización de las prestaciones excepcionales en salud (FONPRES, art. 6°); la creación de gestores de prestaciones excepcionales en salud (Art. 9°); la consulta previa en los bancos públicos y privados sobre la capacidad de pago del paciente y de su grupo familiar para el reconocimiento de una prestación excepcional (Art. 15).

d) El traslado de la financiación de las prestaciones excepcionales en salud a los afiliados (saldo de cuentas individuales de cesantías y pensiones voluntarias), quebranta un principio central en la garantía de los derechos sociales – principio de gastos soportables – que implica que los gastos asociados al disfrute de un derecho no pueden ser de tal magnitud que pongan en riesgo la satisfacción de otras garantías igualmente indispensables para el desarrollo de una vida en condiciones dignas. Esta medida desconoce además el principio de igualdad como quiera que la población que más requiere de medidas para garantizar el pleno disfrute de los derechos, económicos, sociales y culturales, entre ellos el derecho a la salud, se ve excluida de las fórmulas contempladas en el decreto para tratar de aliviar el impacto de trasladar el pago de las prestaciones no incluidas en el POS, a los afiliados y usuarios del sistema.

e). La norma de emergencia no cumple con los exigentes requisitos de motivación que, de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del PIDSEC, se deben cumplir para que un Estado justifique la necesidad imperiosa de adoptar medidas excepcionales de retroceso,² en contra de la prohibición general de estas medidas.

(iv) Las medidas regresivas adoptadas mediante el Decreto 128 de 2010 desconocen el núcleo esencial del derecho a la salud, y en consecuencia, no admiten justificación alguna, comoquiera que en tal supuesto la prohibición de regresividad se convierte en una presunción de invalidez que no admite prueba en contrario. Desconocen sus elementos esenciales como son la disponibilidad del derecho a la salud, la accesibilidad, y la calidad.

2.3. La Academia Nacional de Medicina de Colombia:

A través de su Presidente, doctor Gustavo Malagón Londoño, la Academia Nacional de

Medicina de Colombia expresa su rechazo “a los inconsultos decretos legislativos de emergencia social”, en especial al 128 y 131, porque atentan contra el derecho fundamental y universal a la atención de la salud. Añade que los mismos al regular y limitar el ejercicio de la profesión médica, cuya esencia es la autonomía intelectual en la toma de decisiones y la autorregulación, causan un evidente perjuicio al paciente y vulneran el compromiso ético, moral y deontológico que tiene la medicina.

Esgrime que el texto del Decreto 128 de 2010 se traduce en la abolición del componente más importante del profesionalismo: la autonomía intelectual en la toma de decisiones a favor del paciente respecto a las situaciones de incertidumbre biológica que entraña la práctica médica. Frente a ellas, señala que, “las guías o estándares no pueden ser camisas de fuerza que obliguen al médico a pasar por encima del juicio racional para determinar qué es lo mejor para el paciente”, toda vez que se impediría el debido acto médico en busca del diagnóstico y de tratamiento más óptimo.

Manifiesta su inmensa preocupación frente dos situaciones: (i) que la atención de mayor complejidad se califique como prestación excepcional. Estima que tal calificación deslegitima el propósito primordial del aseguramiento, que es precisamente atender los cuadros clínicos de mayor complejidad; y, (ii) que los costos de las prestaciones excepcionales en salud deban ser cubiertos por los afiliados o sus familiares, con préstamos bancarios o, lo que considera peor, con las cesantías.

En documento presentado con posterioridad la Academia Nacional de Medicina expuso como argumentos adicionales los siguientes: (i) El decreto 128 representa una modificación estructural al SGSSS que implantó la Ley 100 de 1993, en relación con aspectos que fueron identificados y denunciados desde el año de 1999, y que venían siendo discutidos en el Congreso de la República desde hace varios años³; (ii) los decretos de emergencia parten de una premisa errada y es la de considerar que la causa de la crisis es la indebida formulación por parte de los médicos, cuando lo que muestran los estudios es que un alto porcentaje de los recursos públicos que ingresan al sistema son consumidos por la intermediación, es decir por las aseguradoras (EPS), aspecto que no es abordado por la legislación de emergencia; (iii) El libre ejercicio de la medicina a favor del paciente queda supeditado a las decisiones de los Comités burocráticos que ya operan en el ámbito de las EPS y los nuevos que crea la legislación, es evidente que los decretos están orientados a la contención de costos a favor

de las EPS y no al interés del paciente, y representan una camisa de fuerza que hace desaparecer la autonomía intelectual en el ejercicio de la medicina; por ejemplo el Decreto 128 establece que no serán objeto de cobertura aquellas prestaciones en salud que no cuenten con “evidencia científica” o se encuentren en fase de experimentación , sin tener en cuenta que el manejo de muchas patologías o procedimientos de alta complejidad, especialmente en los campos de la cirugía o de la oncología, no cuenta con “evidencia científica”, entendiendo por ello “evidencia basada en estudios prospectivos y aleatorizados y en meta análisis, pero que han probado ser eficaces”.

Bajo esta línea argumentativa, solicita a la Corte que declare la inexequibilidad del Decreto 128 de 2010.

2.4 El Colegio Asociación Colombiana de Endocrinología Pediátrica:

A través de su Presidente Suplente, el Colegio Asociación Colombiana de Endocrinología Pediátrica, “como entidad organizacional, representada por el 99% de los médicos especialistas en endocrinología pediátrica en el país”, solicita declarar que el Decreto 128 de 2010 es contrario a la Constitución Política.

Apoya su petición en que los endocrinólogos pediatras tienen que tratar pacientes con enfermedades graves como: diabetes _obreviv, pubertad precoz, hiperplasia suprarrenal congénita, trastornos de diferenciación sexual, hiperinsulinismo neonatal, hipoparotiroidismo, trastorno en la secreción de hormonas de crecimiento, entre otras, para las cuales los tratamientos suelen no estar incluidos en el actual POS, y los pocos tratamientos que tienen equivalencia en el POS suelen producir efectos secundarios mayores en los pacientes, al punto que les afecta su calidad de vida. Por consiguiente, considera contrario a la práctica médica el que los endocrinólogos solo puedan formular una prestación excepcional en salud, una vez haya fallado el tratamiento terapéutico que indica el POS.

Aggrega que los tratamientos para los pacientes que presentan trastornos endocrinos suelen ser muy costosos, por ende, se torna desproporcionado trasladar la carga económica total al afiliado o a su núcleo familiar. Expone varios casos de tratamientos endocrinológicos que requieren de medicamentos, utensilios y servicios no incluidos en el POS, los cuales si no se suministran pueden llevar a los pacientes a un estado de coma o a causarles incluso la muerte. Por contera, pretender que se limite el ejercicio de la endocrinología a unas guías o

estándares sin tener en cuenta la individualidad de cada niño, niña y adolescente que tratan, la experiencia de su médico y los adelantos científico-tecnológicos, es desconocer que la medicina es un arte que no se equipara a un mero manual de funciones de un empleado público, sino que se adapta a las patologías y reacciones de cada paciente.

Respecto a los “principios anticonstitucionales” que consagra el artículo 3º del Decreto 128 de 2010, considera que parten de una base errada porque la necesidad y pertinencia de brindar una prestación excepcional en salud no se puede limitar a los casos de riesgo inminente o peligro irresistible, cuando la vida en condiciones dignas va más allá, como lo indica el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud cuando establece que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Concretamente, frente al principio de priorización, afirma que al ocuparse solamente de los pacientes que con urgencia necesitan una prestación excepcional en salud, desconoce los criterios de prevención, rehabilitación y recuperación integral de los pacientes. Igualmente, aduce que el principio de razonabilidad somete a los médicos a considerar criterios económicos y luego la efectividad del tratamiento; que el principio de subsidiariedad somete al paciente enfermo a demoras administrativas porque tienen que demostrar probatoriamente su capacidad o incapacidad de pago, mientras su proceso de muerte se agiliza sin darles espera alguna; y, que el principio de finitud desconoce el principio de progresividad que guía la seguridad social en salud, ya que los tratamientos médicos de pacientes con problemas endocrinos generalmente son de por vida y no pueden estar condicionados a un límite específico de recursos agotables.

Así mismo, señala que los artículos 4º y 18 del Decreto 128 de 2010, limitan la autonomía médica al cumplimiento de unos requisitos y aprobaciones para que las órdenes médicas puedan ser válidas, situación que en su sentir genera una dualidad en el ejercicio de la profesión porque, de un lado, desconoce el criterio del galeno tratante que actúa en interés del paciente y, de otra, afecta la esencia misma de la medicina al someter a otras instancias administrativas las valoraciones y los procedimientos ordenados. Sumado a ello, sostiene que las nuevas normas en salud han generado un temor a muchos galenos de actuar conforme a sus principios éticos, ya que están asustados por las represalias que las EPS e IPS puedan tomar en su contra, hasta el punto de terminarles sus contratos de prestación de servicios profesionales.

Por último, expone que el inciso 2º del artículo 5 del Decreto bajo estudio, igualmente limita la autonomía médica al dejar sin piso la integralidad de un tratamiento de rehabilitación, pues ya no podrán ordenar actividades de educación, instrucción o capacitación, recreativas y lúdicas, muchas veces necesarias para obtener el estado ideal en la salud de los pacientes, máxime cuando los pediatras se ocupan de revisar a niñas, niños y adolescentes en general.

2.5. La Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación:

A través de la Presidenta y el Representante Legal, la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación solicitan declarar la inexistencia de los artículos 2, 3, 5, 15 y 16 del Decreto Legislativo 128 de 2010.

Para tal fin, indican que tales artículos desmejoran los derechos sociales de los trabajadores porque (i) consagran que las prestaciones excepcionales en salud solo se prestan cuando exista un riesgo inminente o un peligro irresistible para la vida, cuando el FONPRES tenga recursos disponibles, cuando la relación costo-beneficio amerite la prestación de las mismas y cuando el afiliado no tenga capacidad de pago; (ii) estipulan que la cofinanciación con recursos públicos solamente procede en los eventos en que la persona no tenga suficiente capacidad de pago, y hasta tanto se agote la disponibilidad presupuestal anual, porque estos recursos son finitos; e, (iii) instituyen que para cubrir las obligaciones derivadas de las prestaciones excepcionales en salud los afiliados también podrán utilizar parcial o totalmente el saldo que mantenga en su cuenta individual de cesantías o los saldos acumulados en fondos o programas de pensiones voluntarias.

Afirman que los derechos sociales de los trabajadores se encuentran especialmente protegidos por los artículos 215 de la Constitución Política y 50 de la Ley 137 de 1994, los cuales consagran que en ningún caso el Gobierno podrá desmejorar tales derechos mediante los decretos legislativos dictados durante el Estado de Emergencia. Así, consideran que al ser la salud un derecho fundamental por ser una garantía subjetiva, no puede ser desmejorado en su estructura básica ni se pueden tomar medidas que impliquen el retroceso en la cobertura conquistada, por consiguiente, el Decreto 128 de 2010 al desconocer esos lineamientos va en contravía de los postulados constitucionales.

I. La Federación Colombiana de Odontología:

El Representante Legal de la Federación Odontológica Colombiana, “organización científico gremial que agrupa en su seno a la totalidad de asociaciones, sociedades y demás organizaciones de profesionales odontólogos en el territorio nacional y que en virtud representa a más de 40.000 profesionales de la salud oral”, solicita a la Corte declarar la inexequibilidad integral del Decreto Legislativo 128 de 2010.

Funda su petición en que los estudios que ha adelantado la Defensoría del Pueblo muestran que en el periodo de 1999-2002, el 70% de las tutelas en salud fueron por prestaciones incluidas en el POS. Entre 2003-2005 esa proporción descendió al 56.4% y solo un 29.7% de ellas fueron para reclamar exclusivamente servicio NO POS. Posteriormente, para el periodo 2007-2008, el mismo organismo encontró que el 53.4% de las solicitudes incluidas en las tutelas se refieren a servicios que se encuentran en el POS, de las cuales el 85.5% corresponden al régimen contributivo. Así mismo que las cirugías, los medicamentos y los exámenes paraclínicos, en su orden, fueron los servicios más solicitados en las tutelas.

Lo anterior indica a la Federación que “los usuarios utilizan la tutela para resolver necesidades en salud y no demandas suntuarias, no abusan del mecanismo, pues solo recurren a él después de haber acudido a otras alternativas como gasto de bolsillo representado en el pago de consultas médicas particulares, la compra de medicamentos y el pago directo de exámenes y procedimientos”. Por consiguiente, considera que las investigaciones contradicen el planteamiento que el gran incremento de las tutelas se debe al uso irracional de la acción de tutela por parte de los usuarios y a los fallos laxos de los jueces constitucionales.

Plantea que el Gobierno Nacional no puede decir que dentro del cálculo actuarial que brinda equilibrio al SGSSS no incluyeron la posibilidad de otorgar servicios NO POS a los afiliados, pues desde la misma ley se reguló la creación de los comités técnico-científicos para que se ocuparan de autorizar servicios excluidos del plan de beneficios obligatorio, y luego las funciones de dicho comité y varias medidas de control, fueron objeto de desarrollo mediante decretos reglamentarios y resoluciones. Entonces, el Gobierno siempre ha tenido dentro de sus cálculos las diferentes prestaciones excepcionales en salud que se otorgan a la población colombiana, sin que le sea dable cambiar las reglas de juego para desmejorando la calidad

de salud y la protección especial que sobre esa materia se ha alcanzado.

El Decano, los Docentes y los Investigadores de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, solicitan declarar la inexequibilidad del Decreto 128 de 2010, porque la declaratoria del Estado de Emergencia Social y las medidas subsiguientes derivadas de ésta, no responden a hechos obreviviente que fueran desconocidos por el Gobierno Nacional. Indican que la profunda crisis estructural que consume el SGSSS era predecible y que las medidas adoptadas para conjurarla anteponen la estabilidad financiera de los agentes prestadores del servicio, a la protección y cobertura idónea del derecho a la salud.

En su apreciación concreta del asunto, consideran que el goce efectivo del derecho fundamental a la salud se verá aún más fragmentado al restringir dramáticamente el acceso de los pacientes a las prestaciones excepcionales en salud y, al construir barreras e instancias administrativas para autorizarlas desconociendo el criterio del médico tratante y la historia clínica del enfermo. Estiman que de mantenerse las medidas que consagra el Decreto 128 de 2010, se incrementaría el reclamo de servicios NO POS a través de acciones de tutela y se quebrantaría compromisos internacionales al incurrir en la regresión de los derechos sociales a la luz de las vinculantes determinaciones del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Observación que propende por el derecho al disfrute del más alto nivel de salud. Así, enfáticamente señalan que la Emergencia Social y los Decretos que la desarrollan, no son la solución para enfrentar problemas estructurales que llevan más de 15 años agobiando al sistema de salud.

Citando varias investigaciones que han elaborado, sostienen que la baja proporción de medicamentos prescritos entregados en forma completa, los excesivos trámites, las barreras administrativas y económicas que se colocan a los pacientes, las demoras en la contratación, la fragmentación de la oferta para resolver un mismo problema de salud en varias instituciones dispersas geográficamente y la falta de oportunidad para acceder a los servicios especializados, son inconvenientes que no fueron contemplados por los Decretos 128 y 131 de 2010 en procura de hallarles solución. Por el contrario, dichos Decretos “se centran en la creación de nuevas instancias burocráticas y técnicas y de otro paquete de servicios para restringir los obligatorios, trasladar costos a los usuarios aumentando las iniquidades en salud vía gasto del bolsillo y limitar el criterio médico”.

Afirman que el Decreto 128 de 2010, introduce “una nueva fragmentación [del sistema] con criterio mercantilista” y una completa tramitología que tendrá que afrontar el usuario para obtener las prestaciones excepcionales en salud, sumado a la inclemencia de los costos de los servicios trasladados a los usuarios en pos de favorecer las ganancias de las EPS. Consideran que todo eso representa un retroceso en la garantía efectiva del derecho a la salud, máxime cuando las prestaciones excepcionales las va a asumir un fondo con recursos finitos que, en caso de agotarse, impone a los usuarios el acudir al endeudamiento en el sector financiero, a las cesantías o a los saldos que tengan depositados como ahorros en los fondos de pensiones voluntarias.

2.8. La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana:

El Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de esa Pontificia, en compañía de varios docentes del Departamento de Derecho Público de la Universidad, consideran que la parte normativa del Decreto 128 de 2010 es abiertamente constitucional. Apoyan su concepto técnico en dos puntos concretos:

I. Acogiendo dos definiciones que la Corte Constitucional ha dado sobre el núcleo esencial de un derecho, consideran que los artículos 2º y 3º del Decreto 128 de 2010 afecta el núcleo esencial del derecho fundamental a la salud de la población colombiana, porque establece el concepto de las prestaciones excepcionales en salud como aquellas que no están incluidas en el POS del régimen contributivo y condiciona su otorgamiento al seguimiento de unos principios que se contradicen entre sí, pues “por una parte se indica que para que se preste una prestación excepcional de salud debe estar en riesgo eminente la vida, pero, al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta el tiempo de la solicitud, que los recursos son finitos, haberse agotado los recursos prescritos en el POS y consultado la capacidad de pago del paciente. De este modo se evidencia que la urgencia en la prestación del servicio, según los principios consagrados en el decreto, pasa a un segundo plano y con ello la vida e integridad del paciente”.

Sostienen que el Decreto 128 de 2010 impone cargas elevadas y barreras de acceso a los servicios de salud, toda vez que condiciona su validez a que las prestaciones excepcionales en salud sean ordenadas por el Comité Técnico y a que la cofinanciación por parte del

FONPRES se realice hasta cuando se agote la disponibilidad presupuestal anual, situación que en sentir de los intervenientes desconoce el goce efectivo del derecho a la salud y contradice la nueva línea jurisprudencial de la Corte, reiterada en la sentencia T-760 de 2008, que reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo: “Son derechos fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”.

I. Manifiestan que las disposiciones del Decreto bajo revisión, limitan y agravan el servicio de salud, sumado a que desconocen el bloque de constitucionalidad, es decir, va en contra de los tratados que Colombia ha ratificado en procura de proteger el derecho a la salud, entre ellos: el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Social y Culturales, y la Observación general 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Basados en estos dos puntos, afirman que el artículo 152 de la Constitución establece una reserva legal de la ley estatutaria siempre que ésta regule los derechos y deberes fundamentales de las personas, los procedimientos y recursos para su protección. Así, “el decreto referido atenta contra el numeral 4º de la Ley 137 de 1994 (sic) estatutaria de los estados de excepción, al afectar un derecho intangible como es la vida en conexidad con el derecho a la salud, toda vez que, la oportunidad del servicio se ve limitado con las disposiciones (2º, 3º y 4º)”. Además, exponen que el Decreto 128 de 2010 atenta contra el artículo 214 superior porque excede los límites contemplados en el mismo.

Por último, estiman desproporcionado que el sistema de seguridad social en salud imponga cotizaciones mensuales para obtener un servicio médico que, cuando se requiera, deba ser pagado directamente por el afiliado o por su familia con líneas de crédito preferencias, cesantías o saldo de las cuentas de pensiones voluntarias. En ese orden de ideas, plantean que “el trabajador quedará entonces sin fondos suficientes para cuando se encuentre cesante y no tenga otros medios de subsistencia, y también quedará sin sus ahorros pensionales para enfrentar las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte”. Agregan que la norma desnaturaliza el concepto de cesantías que establece el artículo 249 del Código

Sustantivo del Trabajo, del mismo modo que desnaturaliza el concepto de pensiones consagrados en las convenciones de la OIT y en los tratados que ratifican derechos sociales y culturales que no permiten la regresividad en perjuicio de los derechos conquistados.

2.9. La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi de Cali:

Una docente y el equipo de la línea de investigación en Protección Social de la Universidad Icesi de Cali, piden a la Corte declarar la inexequibilidad del Decreto Legislativo 128 de 2010, con fundamento en las siguientes razones:

Los cimientos jurídicos y fácticos del referido Decreto son constitucionalmente inválidos porque no consultan la realidad de lo que ha acontecido con el SGSSS desde sus orígenes, en especial la inoperancia del Estado para introducir medidas correctivas adecuadas, situación que indican ha sido estudiada en informes evaluativos y en la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, realizada tácitamente en la sentencia T-760 de 2008. Esgrimen que el Decreto desconoce 16 años de jurisprudencia constitucional que otorgan el carácter de fundamental al derecho a la salud, incluso en aquellas prestaciones fuera del POS. Igualmente, plantean que los mandatos del Decreto 128 de 2010 violan disposiciones vinculantes para Colombia, tanto de tipo internacional como nacional, frente al sentido y alcance del derecho a la salud.

Previo estudio de las causas que habilitan exitosamente la declaratoria de un estado de emergencia y de notas jurisprudenciales sobre el tema, consideran que la crisis del sistema de salud es de carácter estructural y no coyuntural, por lo cual el Gobierno Nacional se extralimitó en su facultad de declarar el estado excepcional sobre una situación que de antaño venían conociendo y no era un mero hecho obreviviente, ya que al hacerlo puso en entredicho el principio democrático que debe reinar en un Estado Social de derecho.

De otro lado, arguyen que la expedición del Decreto 128 de 2010, desconoce que para lograr el ejercicio pleno del derecho a la salud se deben implementar políticas que hayan contado con la participación de las personas, en especial de aquellas que se verían afectadas por la decisión. El Estado debe garantizar la participación en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación, la aplicación y la evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Así, manifiestan que todos los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado que requieran prestaciones excepcionales en salud, deben contar con la

oportunidad real de participar en la discusión, el establecimiento de esas prioridades y en la formulación, implementación y evaluación de la política pública y de la nueva normatividad en salud. Esgrimen que en este caso, por tratarse de una política fijada excepcionalmente por el poder ejecutivo, no se verificó esta posibilidad y se violaron los derechos mínimos de los participantes en el sistema.

Adicionalmente, indican que el texto del Decreto bajo revisión (i) desconoce que algunos pacientes que actualmente están gozando de beneficios NO POS tienen derechos adquiridos que se les deben respetar; (ii) repudia el derecho al uso legitimo de la acción de tutela porque se procura por cerrar la puerta de su ejercicio, en menoscabo y perjuicio directo de los derechos fundamentales de miles de usuarios, los cuales mayormente son sujetos de especial protección constitucional o tienen alguna condición que los identifica como población en estado de debilidad manifiesta; (iii) se torna regresivo en materia de derechos sociales prestaciones porque al incluir en sus principios la excepcionalidad y la racionalidad costo-beneficio, olvida la racionalidad _obrevivient que caracteriza estos derechos, y (iv) no responde a los principios de conexidad, finalidad, motivación, necesidad y proporcionalidad que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional para considerar que la medida adoptada durante el estado de excepción es sólida y merece respaldo acorde a la Constitución.

Finalizan diciendo que las medidas que contiene el Decreto 128 de 2010, no están encaminadas a conjurar la crisis y mucho menos a impedir la extensión de sus efectos, si se tiene en cuenta que la problemática del sistema de salud es endémica o estructural y que esa situación era previsible para el Gobierno. Añaden que el nivel de alcance de la estabilidad económica del sistema es incierto y dudoso, frente a la inminencia del recorte de garantías que integran el contenido del derecho a la salud y a la seguridad social, lo cual desconoce abiertamente el principio de no regresividad en materia de derechos sociales.

2.10. El Centro de Investigación para el desarrollo (CID) de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional:

Jorge Iván González Borrero, Director del CID, manifiesta que la declaratoria de emergencia es “equivocada e inconstitucional” como quiera que “los argumentos que sustentan la emergencia son equivocados y las consecuencias de la aplicación de las nuevas medidas resultan nefastas para la salud de la población. De ahí que es necesario ir al fondo del

problema y proponer una nueva organización del sistema de salud". Sustenta su posición en las siguientes consideraciones:

El incremento del gasto en que se funda el decreto de declaratoria de la emergencia no es un suceso intempestivo o sobreviviente, si no que responde a problemas estructurales del sistema tanto de organización como de funcionamiento, anunciados y demostrados por sectores académicos y sociales desde hace varios años.

La igualación de los planes fue previsto desde la Ley 100/93 que dispuso su establecimiento en el año 2000; en tanto que la Ley 1122 de 2007 propuso la universalización conservando la desigualdad de los planes. La Corte en la T-760/08 no hizo otra cosa que señalar la inconstitucionalidad de esa desigualdad estructural y ponerle un plazo al gobierno para el cumplimiento de la Ley 100/93.

La falta de recursos tiene que ver con tres decisiones políticas que ha hecho inviable el sistema desde el punto de vista macroeconómico:

I. La flexibilización laboral y la precarización del empleo que comenzó con la Ley 50 de 1990 expedida por el presidente Gaviria, profundizada por el actual gobierno, lo que ha producido un estancamiento de la afiliación al régimen contributivo en un 39% y de los recursos de solidaridad que apoyan el régimen;

I. La disminución de recursos a los entes territoriales generada por dos reformas consecutivas al régimen de transferencias, la primera en el 2001, impulsada por el presidente Pastrana y su Ministro de Hacienda Juan Manuel Santos, y la segunda en 2007, a cargo de la administración Uribe. Estas decisiones originaron la reducción en un 5% la proporción de los ingresos corrientes de la nación dirigidos al gasto público en salud entre 1999 y 2007. A partir de 2006, los entes territoriales han dejado de percibir cerca de 3.5 billones de pesos al año para salud, educación y saneamiento. Frente a esta disminución, la presión sobre el régimen subsidiado sigue aumentando por el empobrecimiento de la población.

I. La inversión de los recursos del Fosyga en títulos de deuda pública o TES, supuestamente como ahorro o previsión. Un total de 5.9 billones de pesos del Fondo se encontraban invertidos en portafolio financiero a diciembre de 2009, de los cuales el 75.38% estaba presentado en TES, con un incremento del 12.93% respecto del 2008. De estos títulos el 42.7% tienen vencimiento entre 90 y 180 días, y el 30.8% entre 180 y 730 días. Esta decisión retrasa el flujo de recursos, e incrementa los rendimientos en el sector financiero. Esto representa el cambio de destinación de unos recursos que tienen un objetivo específico en otros propósitos, incluido el cubrimiento del déficit del Estado, derivado de otros gastos, como los militares y el derivado del servicio de la deuda.

Frente a la grave situación de ingresos, generada por decisiones regresivas y de alto impacto en términos de equidad y redistribución, el Gobierno decide aumentar los impuestos a la cerveza, al cigarrillo y los juegos de azar, “acudiendo al viejo estado cantinero”, impuesto que es regresivo, por cuanto su consumo es considerable en sectores de menores ingresos. Del producido de estos tributos se pagarán las nuevas prestaciones excepcionales para los pobres, es decir, “se trata de sacar el dinero de los bolsillos de los más necesitados para después atenderlos”.

La crisis no es atribuible a las causas que señala el decreto de declaratoria: el abuso de la tutela por parte de los enfermos, la formulación de medicamentos y servicios por fiera del POS por parte de médicos y odontólogos, que los municipios se queden con los recursos del régimen subsidiado, que algunos medicamentos requieran un nuevo mecanismo de control de precios, que los hospitales sigan siendo muy ineficientes. Existen otras causas no mencionadas por el decreto que podrían suministrar una mejor explicación al abrupto incremento de los recobros al Fosyga en 2 años, como el altísimo costo de la intermediación de las EPS, sus estrategias de integración vertical. Así, “las medidas se concentran en controlar el comportamiento “irracional” de estos agentes (...) y proteger el lucro financiero que se ha venido haciendo a costa de la población”.

El sistema de protección social debe ser el resultado de decisiones políticas, emanadas de un amplio debate nacional, para construir en medio de acuerdos políticos, fuertes y legítimos un nuevo arreglo institucional. El cambio en el modelo debe partir de separar el derecho a la

salud de la capacidad de pago y ligarlo a la condición de ciudadano o ciudadana. Esto solo es posible si se concibe una nueva forma de financiamiento que permita des-mercantilizar la salud y concentrar los recursos en la prevención y una mejor atención a las necesidades.

Su propuesta para el cambio del modelo de financiamiento contiene los siguientes elementos: (i) la integración de un fondo público único que recoja los recursos de cotizaciones con los de impuestos para ofrecer una verdadera cobertura universal; (ii) la administración de los recursos “debe ser territorial y la prestación mixta, de predominio público, fuertemente apoyada en la red hospitalaria pública, pero en el marco de un nuevo modo de atención que privilegie la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, la atención integral y la participación efectiva de la población”.

Destacan que muchos países han demostrado que esto es posible, a menor costo y con mejores resultados. Además enfatizan que “un sistema de este tipo se puede articular mejor a otras políticas de protección social, de salud y de mejoramiento de la calidad de vida de las poblaciones”.

Concluyendo haciendo señalando que “es hora de redefinir el rumbo. La ruta adoptada por el país no ha resultado conveniente para garantizar el derecho fundamental a la salud y se requiere un nuevo pacto social y político que desarrolle el proyecto definido en la Constitución, que no es otro que el Estado Social de Derecho”.

3. Intervenciones que solicitan la exequibilidad parcial

3.1. El Defensor del Pueblo:

Luego de hacer un estudio a las exigencias formales señaladas en la Constitución Política y en la Ley 137 de 1994, el Defensor del Pueblo encontró que la expedición del Decreto Legislativo 128 de 2010 se ciñó a cada una de ellas. Seguidamente, realiza un análisis de fondo al articulado del Decreto, el cual se puede resumir así:

Respecto al artículo 1º, que define el campo de aplicación del Decreto 128 de 2010, considera que su contenido normativo debe ser sometido a un juicio de constitucionalidad, en el sentido de establecer si las exclusiones previstas eventualmente generan una infracción al principio de igualdad constitucional. Si bien señala que el Decreto se aplica a

todos los servicios no incluidos en el POS del régimen contributivo y del régimen subsidiado, excluye a las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado contenidas en el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo. Indica que la explicación a esa distinción posiblemente se encuentra en la obligación de igualar ambos regímenes de salud, de manera gradual y sostenible, de acuerdo con la orden proferida por la Corte en la sentencia T-760 de 2008. En su concepto, “esa circunstancia haría innecesaria la consagración de una regulación sobre la materia en el Decreto 128 de 2010, pues se trata de una hipótesis jurídica llamada a desaparecer, una vez se produzca la igualación de ambos regímenes”. Por consiguiente, estima que la exequibilidad de este artículo se debe condicionar al señalamiento específico de una fecha en la cual se cumpla el proceso de unificación, conforme al cronograma que debe haberse realizado por la CRES y presentado a la Corte Constitucional en cumplimiento de la orden vigésimo segunda del fallo en mención.

En cuanto al artículo 2°, solicita que se declare exequible con excepción de la siguiente expresión: “y autorizadas por el Comité Técnico de Prestaciones Excepcionales en salud”, respecto a la cual pide su inexequible. Sostiene que la Corte en sentencia C-463 de 2008, precisó que los Comités de Salud son instancias meramente administrativas cuyos procedimientos no pueden oponerse a los afiliados al momento de hacer efectivas las prestaciones que surgen del derecho a la salud, incluidas las NO POS, básicamente porque ello constituiría una barrera desproporcionada para el goce efectivo de un derecho fundamental. Así, esgrime que la expresión cuya inexequibilidad solicita, genera un doble problema de tipo constitucional: Por una parte, lesiona la autonomía médica, la cual se guía por criterios científicos objetivos y, por la otra, desconoce que una vez se determina por el médico tratante el procedimiento que requiere el paciente, dicha prescripción adquiere una fundamentalidad concreta que permite su acceso, sin ningún tipo de barrera o restricción. En su sentir, el reconocimiento de prestaciones excepcionales en salud debe quedar exclusivamente bajo la orden del médico tratante, limitando la autorización del Comité, al juicio acerca de su financiación directa por parte del FONPRES.

Tratándose del artículo 3° que regula los principios que rigen el otorgamiento de las Prestaciones Excepcionales en Salud, el Defensor del Pueblo solicita: (i) Declarar exequible condicionado su numeral 1°, en el entendido de que el concepto de vida no se refiere únicamente a la misma como existencia, sino también involucra su concepto ligado a la dignidad humana; (ii) Declarar la inconstitucionalidad de las expresiones “y autorizaciones” y

“los recursos disponibles y” previstas en el numeral 3º del artículo bajo estudio, por cuanto la jurisprudencia constitucional ha reconocido que quién toma la decisión acerca del otorgamiento de un tratamiento NO POS es el médico tratante, y no como se establece en el Decreto 128 de 2010, un Comité Técnico de Prestaciones Excepcionales en Salud. Adicionalmente, porque la salud es un derecho fundamental inherente al ser humano, por lo cual no resulta ajustado a la Carta Política que su acceso dependa de los recursos existentes o de la capacidad de pago del usuario; (iii) Declarar la exequibilidad del numeral 7º del artículo 3º, en el entendido que si se agotan los recursos del FONPRES, las prestaciones NO POS o Prestaciones Excepcionales en Salud pueden reclamarse del propio FOSYGA o de los recursos de las entidades territoriales, conforme a las reglas actualmente vigentes.

En lo que respecta al artículo 4º, reitera los argumentos expuestos referentes a la inconstitucionalidad de someter las órdenes de los médicos tratantes a la autorización de los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud.

Sobre el tema, no encuentra un desconocimiento del ordenamiento constitucional, pues simplemente se señalan criterios objetivos para el desarrollo de la profesión médica.

En cuanto atañe al artículo 5º, solicita que sea declarado exequible pero con las siguientes salvedades: (i) Declarar la exequibilidad de la expresión “las de educación, instrucción o capacitación”, en el entendido que su exclusión no opera para los casos relacionados con el ejercicio de la sexualidad por parte de personas puestas en situación de debilidad manifiesta; y, (ii) Declarar la exequibilidad de la expresión “y los gastos generados por la presencia de acompañantes”, en el entendido que su exclusión no opera en aquellos casos en que el afiliado o beneficiado sea una persona puesta en situación de debilidad manifiesta y la presencia del acompañante sea necesaria para asegurar el derecho de accesibilidad a los servicios de salud. Estos gastos se reconocerán siempre que el paciente o sus familiares carezcan de recursos económicos para sufragarlos.

Frente al artículo 6º, por las razones expuestas sobre la autonomía profesional del médico tratante, solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión “para la autorización de las prestaciones excepcionales en salud y”. Respecto al resto de la disposición, el Defensor del Pueblo no encuentra reparo alguno.

En lo tocante a los artículos 7º, 8º y 9º del Decreto 128 de 2010, solicita que sean declarados

exequibles toda vez que no existe contradicción entre sus mandatos y las normas previstas en la Constitución Política. Y, frente al artículo 10° que establece que el FONPRES se financiará con los recursos del impuesto sobre las ventas a la cerveza y a los juegos de suerte y azar, considera que no existe reparo alguno, si se reconoce que una vez agotados los recursos del FONPRES, las Prestaciones Excepcionales en Salud se garantizarán con los recursos del FOSYGA y de las entidades territoriales.

Respecto del artículo 11, solicita declarar su exequibilidad condicionada, “en el entendido que si se agotan los recursos del FONPRES, las prestaciones NO POS o Prestaciones Excepcionales e Salud pueden ser reclamadas del propio FOSYGA o de los recursos de las entidades territoriales” y se declare la inexequibilidad de la expresión “hasta tanto se agote la disponibilidad presupuestal” por cuanto desconoce el derecho a la salud al limitar la disponibilidad de recursos.

Los artículos 12 y 13 estima que son disposiciones que no generan ninguna controversia constitucional, por lo cual solicita que se declaren exequibles.

Pide la inexequibilidad total del artículo 14 que reconoce a los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud, como la autoridad competente para autorizar las prescripciones que por fuera de los planes de aseguramiento orden los médicos tratantes. Estima que tal disposición se convierte en una barrera de acceso administrativa lesionada del derecho fundamental a la salud.

Señala que el artículo 15 debe declararse ajusta a la Constitución, salvo la expresión “o su grupo familiar” prevista en el inciso 1°, “pues la responsabilidad en los costos que representa una prestación por fuera de los planes de aseguramiento, de acuerdo con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, recae exclusivamente en el usuario o solicitante”. Así mismo, solicita que el inciso 2° de ese artículo se condicione a que, en la obtención de la información relevante se cumplan a cabalidad los principios que rigen el manejo de datos personales, especialmente, en lo concerniente a los principios de confidencialidad y circulación restringida. Además, manifiesta que para acceder a dicha información se debe garantizar el consentimiento del titular, salvo en los casos de información pública o semiprivada.

En cuanto al artículo 16 solicita la declaratoria de su inconstitucionalidad total, por cuanto se

traduce en una violación del principio de dignidad humana. Para tal fin expone que financiar la salud con líneas de crédito, cesantías y saldos acumulados en fondos o programas de pensiones voluntarias, adiciona al problema de salud de la persona, un menoscabo y deterioro en su calidad de vida.

Plantea que el artículo 17 no tiene ningún reparo constitucional, en la medida en que sólo se limita a someter a las denominaciones comunes internacionales, los medicamentos que deban ser cancelados con cargo a los recursos del FONPRES, siempre que dicha denominación exista.

En lo tocante al artículo 18 que exige al médico tratante la obligación de agotar y utilizar las posibilidades terapéuticas que ofrecen los planes de aseguramiento antes de poder ordenar prestaciones excepcionales en salud, solicita que sea declarado inexequible habida cuenta que sujeta la autonomía profesional al uso y agotamiento de tratamientos o medicamentos que pueden ser contraproducentes para la salud y la vida del paciente que pueden no ser eficientes frente a las patologías tratadas.

Finalmente, en cuanto a las normas de transición y vigencias (artículos 19 a 21), el Defensor del Pueblo no encuentra reparo alguno ya que tratan de establecer reglas de funcionamiento por el plazo de 6 meses, después de los cuales empezarán a funcionar el FONPRES y los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud.

3.2. La Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral- ACEMI:

El Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, luego de hacer un estudio sobre los principios de finalidad, necesidad y proporcionalidad de la declaratoria del Estado de Emergencia Social por parte del Gobierno Nacional, solicita a la Corte Constitucional proferir un fallo de constitucionalidad modulado del Decreto 128 de 2010 en el cual, para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, se declare:

I. La constitucionalidad del artículo 6º, en el entendido que cuando los gastos a cargo del FONPRES afecten el 95% del presupuesto anual definido, el Gobierno Nacional deberá proveer lo necesario para financiar las prestaciones NO POS con cargo al Presupuesto

General de la Nación, redireccionando las partidas existentes u otorgando crédito al FONPRES con cargo al mencionado presupuesto. Lo anterior por cuanto “el reconocimiento del carácter finito de los recursos no excluye la obligación del Estado en relación con el derecho a la salud, por lo cual corresponde al Gobierno Nacional y al Congreso de la República tomar las medidas pertinentes para asumir su responsabilidad en la financiación de las prestaciones no POS y para dar continuidad a la financiación del FONPRES”. Considera que al limitar los recursos económicos para las prestaciones excepcionales en salud, se coarta el núcleo esencial del derecho a la salud que le asiste a la población colombiana.

I. La exequibilidad del numeral 2º del artículo 19, en el entendido que las prestaciones NO POS suministradas después del 21 de julio de 2010 y que hayan sido ordenadas por fallos de tutela o autorizadas por los Comités Técnico Científicos antes de dicha fecha, se suministrarán por el nuevo esquema propuesto en el Decreto 128 de 2010. Al respecto, indica que dicho artículo no reguló la situación de los servicios y los medicamentos NO POS autorizados después del 21 de julio de 2010 con cargo al FOSYGA, por lo cual, ante la laguna normativa, debe concretarse su suministro como una prestación excepcional en salud a cargo del FONPRES.

I. La inexequibilidad de la expresión “Las entidades recobrantes tendrán un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la fecha de ocurrencia del evento o nacimiento de la obligación para radicar el recobro, en consecuencia, se subroga en este sentido, el plazo al que se refiere el artículo 12 del Decreto Ley 1281 de 2002”, contenida en el artículo 20 del Decreto 128 de 2010. Frente a esta expresión, sostiene que reducir el término de 6 a 2 meses para que las EPS presenten su reclamación ante el FOSYGA o el FONPRES, no contribuye a salvaguardarlas del deterioro financiero sufrido por el incremento en la demanda de prestaciones NO POS. Por el contrario, indica que la reducción del término limita la capacidad de acción de las EPS, incrementa el riesgo de vencimiento de términos y el aumento de procesos judiciales para solicitar el recobro por vía administrativa.

Respecto de los demás artículos del Decreto 128 de 2010, pide que sean declarados exequibles por hallarlos ajustados a la Constitución. Estima como un adelanto el que se hayan definido qué son y qué no son las prestaciones excepcionales en salud, que se haya creado un Fondo para financiarlas con recursos propios y que se haya establecido Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud como instancias últimas que autoricen, según la necesidad y pertinencia, los servicios NO POS que requieran los pacientes.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de las competencias previstas en los artículos 241-2, 278-5 de la Constitución Política y 7º del Decreto 2067 de 1991, rindió su concepto de rigor.

El jefe del Ministerio Público conceptúa que “si bien, por los aspectos de forma (...) no encuentra razones de de inconstitucionalidad respecto de la norma en revisión, sí advierte serios vicios de fondo que invalidan los aspectos estructurales de la misma”.

En ese orden, señala que el decreto 128/10 cumple con los parámetros constitucionales que estructuran una relación de conexidad formal con las causas que adujo el gobierno nacional para la declaratoria de la emergencia social e impedir la extensión de sus efectos, particularmente con aquellas previstas en los considerandos 6, 7 y 12.

No ocurre lo mismo con el presupuesto de conexidad material de algunas de las disposiciones del decreto y tampoco hay correspondencia con los derechos y principios constitucionales. Al respecto manifiesta:

1. El artículo 1º del decreto bajo revisión, conlleva una discriminación carente de justificación constitucional, toda vez que, como lo ha sentenciado esta Corporación los regímenes contributivo y subsidiado deben unificarse a efecto de que los colombianos obtengan servicios de salud en igualdad de condiciones.

1. En cuanto al artículo 2º expone que la creación de una instancia de carácter administrativo

que autorice las prestaciones excepcionales en salud, una vez prescritas por el médico tratante, a efecto de que los beneficiarios puedan obtener la prestación es contraria a los principios de la seguridad social, especialmente los de eficiencia, universalidad e integralidad. Esta instancia administrativa dilata, pospone y entraña la prestación del servicio público de salud con el consiguiente riesgo para la vida de las personas. Adicionalmente, los denominados Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud no se hallan reglamentados y, aunque se pospone su entrada en vigencia por el término de seis meses contados a partir de la promulgación del Decreto 128, estos no puede constituirse en una instancia obligatoria.

1. En relación con los principios contemplados en el artículo 3º señala el Procurador que el principio de priorización de acuerdo con el cual se condiciona la efectividad de las prestaciones excepcionales en salud a la disponibilidad de los recursos, no ofrece la garantía suficiente a la prestación del servicio de salud. El principio de finitud vulnera derechos constitucionales inherentes a la seguridad social como el de igualdad. Así mismo, el principio de subsidiariedad desnaturaliza los rasgos esenciales del régimen contributivo. Por lo tanto propone la inexequibilidad de la expresión “teniendo en cuenta los recursos disponibles y” contenida en el numeral 3º y los numerales 6 y 7 del artículo 3º del decreto objeto de control.

1. En relación con la creación del Fondo de prestaciones excepcionales en salud -FONPRES- , sostiene que no se prevé con precisión el porcentaje de los recursos del impuestos sobre las ventas a la cerveza y a los juegos de suerte y azar que se destinarán a las prestaciones excepcionales, por lo que tratándose de impuestos ya existentes no es clara la finalidad de la norma para conjurar la crisis del sector salud, pues el sólo aumento de tales impuestos no tiene la virtualidad de solucionar un problema estructural de recursos estimado en varios billones de pesos.

1. Sostiene que existe una contradicción entre el fenómeno perjudicial de incentivar el

consumo de cerveza y la financiación de la salud, por lo que estima que “es hora de cambiar esta fuente de financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud a través de la búsqueda de otros recursos como corresponde a un estado preocupado por la seguridad social integral de sus habitantes.” Remite al concepto No. 4920 emitido en el proceso de revisión automática del Decreto 127 de 2010, para solicitar la inconstitucionalidad del artículo 10 del Decreto 128, como quiera que crea un órgano cuya fuente de recursos, a juicio de la Procuraduría es inconstitucional.

1. Respecto del artículo 11 relativo a la cofinanciación de las prestaciones excepcionales en salud, expresa que la disposición no puede entenderse de manera absoluta, si no en el sentido que prevé la sentencias SU-819/99 que avaló la cofinanciación sin menoscabar aquellos ingresos destinados a vivienda, educación, seguridad social y demás elementos que permitan asegurar una subsistencia digna. Así mismo, por estimar que conlleva a una manifiesta violación del derecho a la igualdad solicita la declaratoria de inexistencia de la expresión “y hasta tanto se agote la disponibilidad presupuestal anual”, contenida en esta disposición.

1. Refiere que la expresión “entre otros criterios” contenida en el artículo 15 para aludir a los parámetros para la determinación de la capacidad de pago de las prestaciones excepcionales, es violatoria del debido proceso y del principio de la buena fe en las actuaciones ante la administración.

1. Sobre el contenido del artículo 16, que permite utilizar los saldos tanto de las cesantías como de los acumulados en pensiones voluntarias para el pago de las prestaciones excepcionales, estima la Procuraduría que tales previsiones son contrarias al inciso final del artículo 215 de la Carta que prohíbe al Gobierno desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos de emergencia. Estas normas además desnaturalizan la finalidad con que fue concebido el auxilio de cesantías, viola el principio de no regresividad en materia de derechos sociales y desprotege al trabajador que llegue a quedar cesante

afectándole su mínimo vital. Las mismas consideraciones las extiende al caso de la afectación de los saldos acumulados en los fondos o programas de pensiones voluntarias.

1. La disposición (Art. 18) que impone al médico tratante la obligación de agotar las posibilidades terapéuticas del manual de medicamentos del POS antes de acudir a las prestaciones excepcionales en salud, en concepto del Procurador es inexistente, toda vez que viola la autonomía del médico, generando además efectos negativos en la salud de las personas.

10. Solicitud. Con fundamento en las anteriores consideraciones el Procurador solicita:

I. Estarse a lo resuelto en la sentencia que emita pronunciamiento sobre el Decreto 4975 de 2009, respecto del cual el Ministerio Público solicitó la inexistencia en concepto emitido en el expediente RE-152.

i. Subsidiariamente:

- * Declarar inexistente el parágrafo segundo del artículo 1º del D. L. 128 de 2010;
- * Declarar inexistente la expresión “y autorizadas por el Comité Técnico de Prestaciones Excepcionales de conformidad con los principios y reglas establecidos en el presente decreto” contenida en el artículo 2º del Decreto Legislativo 128 de 2010.
- * Declarar inexistente la expresión “los recursos disponibles y”, que se contiene en el numeral 3 y los numerales 6 y 7 que establecen los principios de subsidiariedad y finitud del artículo 3º del Decreto Legislativo 128 de 2010.
- * Declarar inexistente la expresión “y sean autorizados por el Comité Técnico de prestaciones Excepcionales en Salud” que se contiene en el artículo 4º del decreto legislativo 128 de 2010.

- * Declarar inexistente la expresión “del sistema” contenida en el artículo 6° del Decreto Legislativo 128 de 2010.
- * Declarar inexistente el artículo 10 y la totalidad del Capítulo II del decreto Legislativo 128 de 2010.
- * Declarar exequible de manera condicionada el artículo 11 del decreto 128 de 2010, bajo el entendido que los gastos correspondientes a las prestaciones excepcionales, que debe asumir el usuario o afiliado, no pueden afectar le mínimo vital ni los ingresos que le reportan la subsistencia en condiciones dignas, e inexistente la expresión “y hasta tanto se agote la disponibilidad presupuestal anual” contenida en el mismo artículo.
- * Declarar exequible la expresión “entre otros criterios” contenida en el artículo 15 del Decreto Legislativo 128 de 2010.
- * Declarar inexistentes los incisos segundo y tercero del artículo 16 del D.L. 128 de 2010.
- * Declarar inexistente el artículo 18 del decreto Legislativo 128 de 210.

V. CONSIDERACIONES

I. Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 128 del 21 de enero de 2010, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 215 y en el numeral 7º del artículo 241 de la Carta Política.

Correspondería a la Sala en esta oportunidad entrar analizar el contenido formal y material del Decreto Legislativo 128 de 2010 a efecto de establecer su conformidad o no, con la Constitución. Sin embargo, en reciente decisión la Corte declaró la inexistencia total del Decreto 4975/09, declaratorio del estado de emergencia social, con fundamento en el cual se había expedida la norma bajo examen. Procede la Corte, en consecuencia, a efectuar el análisis de constitucionalidad del Decreto de desarrollo mencionado, con base en la nueva

realidad establecida por la sentencia C-252 de 2010.

2. Inconstitucionalidad por consecuencia

Mediante sentencia C-252 del dieciséis (16) de abril de dos mil diez (2010) la Corte Constitucional declaró integralmente inexequible el Decreto de 4975 de 2009 por el cual el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social, por un período de treinta (30) días.

En la mencionada sentencia la Corte dispuso diferir los efectos de su decisión respecto de las normas contenidas en decretos de desarrollo que establecieran fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud. Esta situación no se presenta en el Decreto 128/10, cuyo propósito fue el de regular los principios, mecanismos, condiciones, instituciones y recursos destinados a la prestación de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, por lo que procede la Corte a pronunciarse sobre la inexequibilidad por consecuencia, sin atribuirle a su decisión efectos especiales.

En este sentido, al haber desaparecido del ordenamiento jurídico el fundamento normativo que sirvió de sustento a la expedición del Decreto Legislativo 128 de 2010, éste deviene en inconstitucional. En efecto, el decreto declaratorio del estado de emergencia social es el instrumento jurídico a través del cual el Presidente de la República se reviste de facultades de excepción, incluidas las de legislar a través de decretos con fuerza de ley. Una vez excluida del orden jurídico, mediante sentencia de inexequibilidad, la norma de autohabilitación, los decretos legislativos dictados a su amparo corren igual suerte.

Se ha presentado así el fenómeno que la jurisprudencia de esta Corporación ha denominado “inconstitucionalidad por consecuencia”⁴, consistente en que la declaración de inexequibilidad del decreto que declara el estado de excepción produce, como efecto obligado, la inexequibilidad de los decretos legislativos que lo desarrollan. Este efecto ha sido explicado así por la jurisprudencia:

“Se trata de una inconstitucionalidad por consecuencia, es decir, del decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición _obreviviente de la norma que permitía al Jefe del Estado asumir y ejercer las atribuciones extraordinarias previstas en la Constitución.

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.

En el fondo ocurre que, declarada la inexequibilidad 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.

Desde luego, la declaración de inconstitucionalidad que en los expresados términos tiene lugar no repercute en determinación alguna de la Corte sobre la materialidad de cada uno de los decretos legislativos que se hubieren proferido, ya que aquélla proviene de la pérdida de sustento jurídico de la atribución presidencial legislativa, mas no de la oposición objetiva entre las normas adoptadas y la Constitución Política”5.

Siguiendo la jurisprudencia establecida por esta Corporación, se impone entonces, la declaratoria de inexequibilidad del decreto objeto de revisión, sin que la Corte deba entrar a analizar su contenido.

V. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE el Decreto Legislativo 128 del 21 de enero de 2010, “Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”.

Notifíquese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y archívese el expediente.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

Ausente en comisión

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 PRETEL CAHLJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-288 DE 2010

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

Referencia: expediente RE-159

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 128 de veintiuno (21) de enero de dos mil diez (2010) “Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en

salud y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

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 esta 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 “En la mencionada sentencia [C-252 de 2010] la Corte dispuso diferir los efectos de su decisión

respecto de las normas contenidas en decretos de desarrollo que establecieran fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud. Esta situación no se presenta en el Decreto 128/10, cuyo propósito fue el de regular los principios, mecanismos, condiciones, instituciones y recursos destinados a la prestación de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, por lo que procede la Corte a pronunciarse sobre la inexequibilidad por consecuencia, sin atribuirle a su decisión efectos especiales". Con esta afirmación, se hace una 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

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-288 de 2010

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Inexequibilidad de una norma y la prolongación en el tiempo de la vigencia de la misma conlleva a una contradicción jurídica (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO DECLARATORIO DE ESTADO DE EMERGENCIA EN MATERIA DE SALUD-Modulación de efectos del fallo en relación con las medidas tributarias resulta contradictorio y riesgoso (Aclaración de voto)

Referencia: expediente RE-159

Asunto: Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 128 de 2010, "por medio del

cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva

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 inexistente por consecuencia el Decreto 128 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 inexistencia del Decreto 4975 de 2009 y al mismo tiempo otorgar efectos diferidos a dicha inexistencia 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 dicha 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 inexistencia 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 inexistencia del tribunal constitucional como “Legislador negativo” es la expulsión de las normas declaradas inexistentes del ordenamiento jurídico. En este caso, la Corte declara que un Decreto que declara una emergencia social es inexistente, 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

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

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

Referencia: expediente R.E.159

Revisión constitucional del Decreto Legislativo número 128 del 21 de enero de 2010, "Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones."

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

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-288 de 2010, que atiende específicamente la afirmación consistente en que al no haber regulado el Decreto 128 de 2010 fuentes tributarias de financiación no se hacía necesario entrar a diferir los efectos de la sentencia de inexequibilidad.

Los argumentos que soportan nuestra aclaración de voto parten de señalar que en la sentencia C-252 de 2010 se declaró inexequible 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 inexequibilidad 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 resolutiva 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 decisinal 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 constatarse 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 una plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad.⁶

Los casos en que esta Corporación ha apelado de manera estricta a esta modalidad decisoria lo han sido, en términos generales, para períodos de normalidad institucional, esto es, de no

alteración del orden público.⁷ 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 inexistente el decreto declaratorio.⁸

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.⁹

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).¹⁰

5. En el presente asunto, la Corte acogió por unanimidad la declaración de inexistencia 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 resolutiva, 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 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 expedieron en su desarrollo por ausencia de base jurídica, siempre que exista una relación de causa a efecto entre la norma causal y la derivada.¹¹ Ha dicho este Tribunal:

“declarada la inexequibilidad 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.”¹² Negrillas al margen del texto transcrita en comentario.

7. La modalidad decisional 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 inexequible 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 verificar 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 inexequible, 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 inexequibilidad 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 SGSSS13 (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, serias y estables en salud reconocida además por los actores de la salud, del desgobierno 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 romper 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 inexequibilidad 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 inexequibilidad sobre las normas constitucionales.”¹⁴

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.

8.7. 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).¹⁵

8.10. De ahí que el modo de ejercer la defensa integral de la Constitución Política estaba dado en declarar la inexequibilidad consecuencial 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

Magistrado

1 La intervención del Secretario Jurídico de la Presidencia de la República se nutre de las mismas gráficas, tablas y estadísticas que presentan las intervenciones de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

2 Que la medida fuere adoptada a través de una Ley formal; con el objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática; bajo la más cuidadosa consideración de todas las alternativas posible y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados; que se justifique por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto; que se enmarque dentro de un contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles; que existiere una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; que no se prive a persona alguna o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; que las medidas no sean directa o indirectamente discriminatorias; la verificación de que se hubiere hecho un examen independiente de las medidas a nivel nacional.

3 Ilustra este argumento señalando que cuando se reconocieron los defectos estructurales del sistema y se planteó la crisis económica del mismo, la Academia presentó el Proyecto de Ley 033 de reforma integral a la Ley 100, el cual fue radicado en el Congreso, siendo presidente de la Corporación Germán Vargas Lleras, pero se hundió durante su trámite.

4 Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias C- 176 de 2009, C-030 de 2009, C-488 de 1995, C-127 de 1997, C-130 de 1997 y C-135 de 1997.

5 Sentencia C-488 de 1995, criterio reiterado en C-135 de 1997.

6 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).

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

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

9 Sentencia C-619 de 2003.

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

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

12 Sentencia C-488 de 1995.

13 Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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

15 Cft. sentencia C-619 de 2003.