

SISTEMA TECNICO CIENTIFICO DE SALUD, REGULACION DE LA AUTONOMIA PROFESIONAL DE LOS MEDICOS Y ODONTOLOGOS Y ASPECTOS DEL ASEGURAMIENTO DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Inconstitucionalidad por consecuencia

DECRETO LEGISLATIVO QUE DESARROLLA EL ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-No contiene medidas que establezcan fuentes tributarias de financiación

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-162

Revisión constitucional del Decreto 131 de enero 21 de 2010, “Por el cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

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

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

S E N T E N C I A

I. ANTECEDENTES

Asumido el conocimiento del asunto mediante auto de febrero 1° de 2010, en la misma providencia el Magistrado sustanciador solicitó unas pruebas al Ministerio de Protección Social, y dispuso que cumplido lo anterior, se fijara en lista el presente asunto, se corriera traslado del expediente al Procurador General de la Nación y se libraran las comunicaciones a que se refiere el artículo 244 superior. Recibido en tiempo oportuno el concepto del Ministerio Público, y una vez agotados los demás trámites respectivos, procede entonces la Corte a examinar la constitucionalidad del Decreto sometido a su revisión.

II. TEXTO DEL DECRETO EN REVISIÓN

El texto del Decreto 131 de enero 21 de 2010, tal como aparece publicado en el Diario Oficial N° 47.599 de la misma fecha, es el siguiente:

“DECRETO 131 DE 2010

(enero 21)

Diario Oficial No. 47.599 de 21 de enero de 2010

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Por medio del cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan

otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

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

CONSIDERANDO:

Que con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, mediante el Decreto 4975 de 2009 se declaró el estado de Emergencia Social en todo el país, con el propósito de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud la cual amenaza de manera inminente, entre otros aspectos, la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, así como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

Que 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 los diferentes actores del Sistema, incluidas las entidades territoriales las cuales presentan un importante déficit de recursos para la prestación de estos servicios y de los requeridos por las personas pobres y vulnerables no aseguradas, todo lo cual amenaza la viabilidad del Sistema 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 si bien la Ley 1122 de 2007 contiene una serie de avances en la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en especial, en la racionalidad de la definición de los planes de beneficios, las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma han resultado insuficientes ante el crecimiento inusitado de la demanda de servicios y medicamentos que no necesariamente consultan criterios de racionalidad científica y de costo efectividad;

Que las medidas ordinarias de carácter administrativo y legal que regulan el Talento Humano en Salud, en especial las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y 1164 de 2007 y sus decretos

reglamentarios, deben complementarse para controlar la demanda irracional e injustificada de procedimientos, intervenciones, insumos, dispositivos, medicamentos y demás servicios de salud, a través de estándares de autorregulación sistemáticos y científicos para el ejercicio profesional de los médicos y odontólogos;

Que atendiendo a la situación descrita, se hace necesario adoptar medidas extraordinarias tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso, definición de criterios, institucionalidad, condiciones y límites para la prestación de servicios de salud y la provisión de medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado, siempre que correspondan a prestaciones científicamente validadas y técnicamente aplicables en el servicio público de Salud, con lo cual se pretende racionalizar el acceso a los servicios de salud garantizando la prevalencia del interés general sobre el particular.

CAPITULO I.

ARTÍCULO 1o. SISTEMA TÉCNICO CIENTÍFICO EN SALUD. Créase el Sistema Técnico Científico en Salud como un conjunto de principios, órganos, instituciones, reglas y recursos, cuya finalidad es la coordinación de actividades tendientes a la generación del conocimiento para la prestación del servicio público de salud en condiciones estandarizadas de acuerdo con criterios técnicos y científicos.

El Sistema Técnico Científico en Salud buscará el mejoramiento de las condiciones de salud de la población, a través de la entrega de prestaciones científicamente validadas y técnicamente aplicables en el servicio público de salud. Adicionalmente, el Sistema Técnico Científico en Salud se encargará de realizar el control científico, el seguimiento y la evaluación de las prestaciones de salud para garantizar el mayor bienestar social posible.

Para esto, el Sistema Técnico Científico en Salud coordinará, articulará, generará y clasificará el conocimiento pertinente, con criterio técnico basado en evidencia científica, de tal forma que sus orientaciones sean un referente para los prestadores que participan en el servicio público de salud y para los diferentes organismos estatales que ejerzan la inspección, vigilancia y control científico, administrativo o judicial sobre ese servicio público, lo anterior sin perjuicio de las decisiones que con carácter vinculante puede adoptar el Organismo Técnico Científico para la Salud.

El Sistema Técnico Científico en Salud incluye el Organismo Técnico Científico para la Salud, el Ministerio de la Protección Social, la Comisión de Regulación en Salud, CRES, el Instituto Nacional de Salud, INS, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, los comités técnicos de prestaciones excepcionales, el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, Colciencias, las instituciones de educación superior acreditadas, los grupos y centros de investigación reconocidos por Colciencias, los prestadores de salud en los términos del Decreto 1011 de 2006, las entidades promotoras de salud, las otras entidades responsables del pago de los servicios de salud, y demás entidades del sector que apliquen o verifiquen la aplicación del conocimiento.

ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS DEL SISTEMA TÉCNICO CIENTÍFICO EN SALUD. El Sistema Técnico Científico en Salud está basado en los siguientes elementos:

- 2.1. Fundamento Científico: el conocimiento generado en el Sistema Técnico Científico en Salud tendrá como precepto central la aplicación del método científico.
- 2.2. Autonomía: el conocimiento generado en el Sistema Técnico Científico en Salud se desarrollará en condiciones de independencia intelectual.
- 2.3. Transparencia: los ejecutores de investigaciones, estudios y evaluaciones que se realicen en el Sistema Técnico Científico en Salud se seleccionarán mediante criterios de mérito y calidad.
- 2.4. Continuidad y Oportunidad: las actividades de generación de conocimiento del Sistema se realizarán con la periodicidad requerida para la actualización de la doctrina médica y los referentes basados en evidencia.
- 2.5. Articulación: las actividades de generación del conocimiento del Sistema Técnico Científico en Salud serán coordinadas con el propósito de asegurar que el conocimiento requerido para el ajuste y actualización de la doctrina médica y los referentes basados en evidencia se genera de manera efectiva y eficiente.
- 2.6. Divulgación: el conocimiento generado por el Sistema Técnico Científico en Salud para el ajuste y actualización de la doctrina médica y los referentes basados en evidencia debe ser divulgado de forma amplia.

ARTÍCULO 3o. ORGANISMO TÉCNICO CIENTÍFICO PARA LA SALUD. Créase el Organismo Técnico Científico para la Salud como el órgano estatal encargado de la regulación científica, inspección y vigilancia de la aplicación del método científico en el ejercicio de las profesiones de la salud que participan en la prestación del servicio público de salud, particularmente a través del desarrollo de referentes basados en evidencia científica, en el Plan Obligatorio de Salud y en las prestaciones excepcionales de salud. Este órgano tiene autonomía administrativa y técnica.

ARTÍCULO 4o. FUNCIONES DEL ORGANISMO TÉCNICO CIENTÍFICO PARA LA SALUD. Corresponden al Organismo Técnico Científico para la Salud, las siguientes funciones:

- 4.1. Articular los estudios de base poblacional y de carga de la enfermedad, para la identificación del perfil epidemiológico y demográfico y su impacto en la salud de población general.
- 4.2. Articular la evaluación de los medios técnicos y de procedimientos para la promoción y atención en salud en sus fases de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación y su impacto en la reducción de la morbilidad y mortalidad del país así como el impacto potencial por la adopción de nuevas tecnologías.
- 4.3. Articular los estudios e investigaciones en ciencias básicas, clínicas y sociales en lo relativo al Sistema de Salud.
- 4.4. Adoptar los estándares basados en evidencia científica y la doctrina médica por ser aplicados en las diferentes instancias del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- 4.5. Priorizar las actividades técnico científicas de que tratan los numerales 4.1 a 4.4 de este artículo para optimizar los ajustes que se requieren en los planes de beneficios y demás instrumentos del Sistema para el mejoramiento de la prestación del servicio público de salud de la población.
- 4.6. Proporcionar la asesoría técnica y científica que le sea solicitada, en lo que sea de su competencia, incluyendo la rama judicial cuando esta así lo requiera.
- 4.7. Revisar de oficio, aquellas decisiones de los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud que seleccione, en virtud de la cual podrá pedir explicaciones,

pronunciarse sobre las mismas y adoptar las decisiones de carácter general o particular que correspondan y que habrán de regir en el futuro.

4.8. Difundir la información científica, por él producida, a los distintos actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre los referentes y doctrina de que trata el presente artículo.

4.9. Adoptar su propio reglamento.

4.10. Las demás que le sean asignadas.

ARTÍCULO 5o. APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES ADOPTADOS POR EL ORGANISMO TÉCNICO CIENTÍFICO EN SALUD. Los estándares basados en evidencia científica, y la doctrina médica, adoptados por dicho Organismo, serán vinculantes para todos los actores del Sistema y de obligatorio cumplimiento para la prestación de los servicios excepcionales de salud. Los referentes que hagan parte de los estándares basados en evidencia serán objeto de recomendación para su incorporación por la Comisión Reguladora de Salud al Plan Obligatorio de Salud. Así mismo, tendrán la naturaleza de dictámenes técnicos para efectos de la valoración que deban hacer las distintas autoridades dentro de la órbita de sus respectivas competencias.

ARTÍCULO 6o. COMPOSICIÓN DEL ORGANISMO TÉCNICO CIENTÍFICO PARA LA SALUD, OTC. El Organismo Técnico Científico para la Salud estará compuesto por seis miembros:

6.1. El Ministro de la Protección Social, o su delegado.

6.2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público.

6.3. El Director de Colciencias o su delegado.

6.4. Tres profesionales, con amplia experiencia y calificación en los campos de la investigación en salud, en economía de la salud y en la aplicación de estas ciencias a la toma de decisiones de política en salud, quienes serán elegidos por períodos individuales de cuatro (4) años, reelegibles por una sola vez.

Las decisiones del organismo se adoptarán por mayoría y en caso de empate será dirimido

por el Ministro de la Protección Social o su delegado.

Los profesionales de que trata el numeral 6.4 anterior, no estarán sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa, su dedicación será exclusiva, no podrán ejercer su profesión, con excepción de la actividad docente.

PARÁGRAFO. Los listados presentados por los profesionales expertos para la selección del reemplazo del miembro saliente serán elaborados teniendo en cuenta la definición de los parámetros, calidades y experiencia que debe reunir el perfil del candidato a ser definidos de manera conjunta por la Academia Nacional de Medicina, el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación Colciencias y el Ministerio de la Protección Social, sin que estas entidades participen directamente en la elaboración de las listas, ni en la elección final del Consejero.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los profesionales seleccionados en la primera integración del Organismo Técnico Científico para la Salud, tendrán los siguientes períodos: un profesional experto tendrá un período de dos años, otro profesional experto tendrá un período de tres años y el último, de cuatro años, que se establecerán mediante sorteo.

ARTÍCULO 7o. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS PROFESIONALES. Los profesionales estarán sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en el Decreto-ley 973 de 1994 y las normas que lo modifican o adicionan, siempre y cuando no sea contrario a la naturaleza del Organismo Técnico Científico para la Salud, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional reglamente la materia.

ARTÍCULO 8o. FINANCIACIÓN DEL ORGANISMO TÉCNICO CIENTÍFICO PARA LA SALUD. El Organismo Técnico Científico para la Salud tendrá dos fuentes de financiación: para lo relacionado con las prestaciones excepcionales en salud, se financiará con recursos destinados al Fonpres y en lo relacionado con las prestaciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud se financiará con recursos excedentes de la subcuenta ECAT del Fosyga.

Los actos y contratos que celebre el Organismo Técnico Científico para la Salud se sujetarán a las normas de contratación del derecho privado subsidiariamente con las de ciencia y tecnología.

CAPITULO II.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, DOCTRINA MÉDICA Y REFERENTES BASADOS EN EVIDENCIA.

ARTÍCULO 9o. Inclúyase un artículo 162A a la Ley 100 de 1993, del siguiente tenor:

“Artículo 162A. Del Plan Obligatorio de Salud. Es el conjunto esencial de servicios para la atención de cualquier condición de salud definidos de manera precisa con criterios de tipo técnico y con participación ciudadana, a que tiene derecho todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en caso de necesitarlo. El Plan Obligatorio de Salud corresponde al reconocimiento del núcleo esencial del derecho a la salud, que pretende responder y materializar el acceso de la población afiliada a la cobertura de sus necesidades en salud, teniendo en cuenta la condición socio-económica de las personas y la capacidad financiera del Estado. En todo caso prioriza la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y las atenciones de baja complejidad, la medicina y odontología general y admitirá el acceso al manejo especializado o de mediana y alta complejidad cuando se cuente con la evidencia científica y costo-efectividad que así lo aconseje.

El Plan Obligatorio de Salud incluirá la prestación de servicios de salud a los afiliados en las fases de fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, según las condiciones que se definan para su cobertura y la protección integral de la salud de la población con la articulación a los planes colectivos y de promoción de la salud del territorio nacional.

Los servicios del Plan Obligatorio de Salud se prestarán con la oportunidad que establezca el Ministerio de la Protección Social, atendiendo la pertinencia técnica científica y los recursos físicos, tecnológicos, económicos y humanos disponibles en el país y, deberán ser tenidos en cuenta por la Comisión de Regulación en Salud, CRES para la definición del Plan Obligatorio de Salud y el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación”.

ARTÍCULO 10. LÍMITES Y LEGITIMIDAD DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. El Plan Obligatorio de Salud estará sujeto al establecimiento de límites claros, teniendo en cuenta la consulta ciudadana, la capacidad financiera del Estado, la condición socio-económica de las personas, con prevalencia de la atención de las necesidades colectivas en salud sobre las individuales.

Para la actualización del Plan Obligatorio de Salud se tendrán en cuenta criterios técnico-científicos y la consulta ciudadana.

ARTÍCULO 11. ESTRUCTURA DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. El Plan Obligatorio de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud estará estructurado de acuerdo con las necesidades de servicios de salud de la población, por los siguientes componentes:

11.1. Un listado taxativo de actividades, intervenciones y procedimientos de acuerdo con la nomenclatura y codificación que se defina para este fin.

11.2. Un listado taxativo de medicamentos, en términos de nombre del principio activo, forma y concentración farmacéutica, con la nomenclatura y codificación que se defina para este fin.

11.3. Para el caso de los insumos, se deberá describir la cobertura de aquellos necesarios para las actividades, procedimientos e intervenciones descritas en el numeral 11.1, mediante un listado taxativo, siempre que sean críticos financieramente por ser los de mayor impacto en el gasto. Deberán describirse de manera precisa en cuanto a sus características técnicas genéricas, conforme el resultado de la evaluación de tecnología de los mismos y el análisis económico. Los demás insumos usados en otras actividades, procedimientos e intervenciones se entenderán cubiertos cualquiera sean sus características técnicas o su marca y su cobertura se podrá expresar en términos de topes económicos.

11.4. Referentes Basados en Evidencia: Para cumplir los principios de efectividad, integralidad y de sostenibilidad, la atención con actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos, e insumos o dispositivos, estará organizada alrededor de referentes en la forma de guías, estándares o normas técnicas basadas en evidencia que se podrán adoptar como parte del Plan Obligatorio de Salud para aquellas enfermedades o conjuntos problema-intervención o condiciones médicas y eventos de atención para las cuales la evidencia médica y los informes de evaluación de tecnología en salud permita establecer pautas efectivas de atención, teniendo en cuenta el perfil de morbilidad de la población, los procesos de priorización y de actualización previstos en el presente decreto.

ARTÍCULO 12. ACTUALIZACIÓN DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. Se entiende por actualización del Plan Obligatorio de Salud, las modificaciones que se hacen dentro de sus

componentes para responder a los cambios en las necesidades de salud de la población, teniendo en cuenta el avance en la ciencia y la tecnología adoptada en el país y las condiciones económicas y financieras del sistema.

Las modificaciones del Plan Obligatorio de Salud hacen referencia a las inclusiones y supresiones, exclusiones y sustituciones de tecnologías en salud, así como a los cambios de las condiciones en que estas son cubiertas a los afiliados, en términos de frecuencia o intensidad de uso, concentración y oportunidad.

La Comisión de Regulación en Salud, CRES, en lo de su competencia, actualizará el Plan Obligatorio de Salud por lo menos una vez al año. En la actualización o modificación de dicho Plan Obligatorio de Salud, se deberán adoptar los mecanismos que se definen en el presente decreto.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La Comisión de Regulación en Salud, CRES, actualizará el Plan Obligatorio de Salud en los términos y con la metodología definida en el presente decreto dentro de los seis (6) meses siguientes a la publicación del mismo.

ARTÍCULO 13. MECANISMOS DE ACTUALIZACIÓN. Para cualquier actualización o modificación del Plan Obligatorio de Salud será necesario que sus contenidos, estructura y codificación respondan a las condiciones de salud de la población y sus necesidades de servicios de salud, para lo cual se aplicarán las siguientes técnicas y requisitos:

13.1. Se emplearán metodologías probadas científicamente para la identificación del perfil epidemiológico nacional y la carga de la enfermedad, así como su impacto en la población general.

13.2. Se asegurará que la inclusión de un procedimiento, intervención, insumo, dispositivo o medicamento cuente con el estudio y evaluación de su efectividad, seguridad, pertinencia, análisis de costo-efectividad y con evidencia científica en este sentido, de modo que se asegure la ganancia en salud para la población y prime el interés colectivo sobre el individual.

13.3. Se realizarán procesos de consulta a la ciudadanía y a la comunidad médico-científica.

13.4. Se priorizarán las actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e

insumos o dispositivos que se consideren relevantes para el país y que puedan ser evaluados a través de los mecanismos de actualización del Plan Obligatorio de Salud.

13.5. Se priorizarán las condiciones de salud de la población general en las que deban enfocarse principalmente las actualizaciones del Plan Obligatorio de Salud.

13.6. Para la financiación del Plan Obligatorio de Salud, la Comisión de Regulación en Salud, CRES, directamente, o a través de entidades con amplia trayectoria en evaluaciones económicas en salud e idóneas para tal fin, realizará los estudios de costos y actuariales para definir la Unidad de Pago por Capitación que financie, UPC, los servicios que componen el Plan Obligatorio de Salud. Estos estudios incluirán al menos, el análisis de suficiencia de la Unidad de Pago por Capitación y el de la sostenibilidad de las subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, dedicadas al financiamiento de los servicios de salud prestados en los Regímenes Contributivo y Subsidiado. Las metodologías que se emplearán en estos análisis se establecerán previamente y serán divulgadas a los actores del sector.

13.7. El cálculo que se realice para la financiación del Plan Obligatorio de Salud tendrá en cuenta un ajuste por riesgo que considere, entre otras, las diferencias por grupos etarios, de género, zona geográfica y condiciones de salud de la población.

ARTÍCULO 14. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. La Comisión de Regulación en Salud, CRES, en la definición de las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, tendrá en cuenta los siguientes criterios que deberán aplicarse a cualquier actividad, intervención, procedimiento, medicamento o insumos:

14.1. Que sean considerados como experimentales o sin suficiente evidencia científica sobre sus beneficios en salud, ni sobre su seguridad clínica.

14.2. Que no representen ganancia en salud, para la población de acuerdo a la inversión de recursos que requieren.

14.4. Que como fruto del proceso de participación ciudadana no hayan sido aceptados.

ARTÍCULO 15. DOCTRINA MÉDICA. Es el conjunto de conceptos conclusivos y recomendaciones basados en el análisis de la evidencia científica y la pertinencia de una tecnología en salud para su aplicación efectiva en la atención de las personas.

ARTÍCULO 16. REFERENTES BASADOS EN EVIDENCIA. Son los estándares, guías, normas técnicas, conjuntos de acciones o protocolos que se adopten para una o más fases de la atención como promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, para la atención de una situación específica de la salud.

Los referentes basados en evidencia incluyen principalmente, las evaluaciones de tecnologías en salud y las guías de atención integral que presentan el conjunto de actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos e insumos o dispositivos que procuran que la atención para una condición de salud sea de calidad, segura y efectiva y que procure el equilibrio financiero del sistema.

ARTÍCULO 17. COPAGOS, PAGOS COMPARTIDOS Y DEDUCIBLES. Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, los afiliados y beneficiarios al Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a copagos, pagos compartidos o deducibles, para las atenciones y servicios, ambulatorios u hospitalarios, incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud. El Gobierno Nacional reglamentará la materia, en relación con el nivel de complejidad de la atención en salud y con la capacidad socio-económica de las personas.

ARTÍCULO 18. INFORMACIÓN Y DIVULGACIÓN DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. Las actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos e insumos cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud, definidos con la estructura descrita, serán públicos para consulta de la ciudadanía en general y se divulgarán a través de los medios que se definan de manera conjunta entre la Comisión de Regulación en Salud y el Ministerio de la Protección Social.

CAPITULO III.

PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD.

ARTÍCULO 19. Sustitúyase el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

“Artículo 169. Planes Voluntarios de Salud. Los Planes Voluntarios de Salud podrán incluir coberturas asistenciales o económicas, relacionadas con los servicios de salud, contratados voluntariamente que serán financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias previstas en el artículo 204 de la presente ley.

La adquisición y permanencia de un Plan Voluntario de Salud, implica la afiliación previa y la

continuidad mediante el pago de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Tales Planes podrán ser:

169.1. Planes de atención complementaria del Plan Obligatorio de Salud emitidos por las Entidades Promotoras de Salud.

169.2. Planes de medicina prepagada, de atención pre-hospitalaria o servicios de ambulancia prepagada, emitidos por entidades de medicina prepagada.

169.3. Pólizas de seguros emitidos por compañías de seguros.

Le compete al Estado el control de estos planes.

PARÁGRAFO. Los planes voluntarios de salud y las tarifas se regirán por lo previsto en el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en lo que resulte pertinente. En relación con Entidades Promotoras de Salud y Entidades de Medicina Prepagada el depósito de los planes se surtirá ante la Superintendencia Nacional de Salud."

ARTÍCULO 20. COBERTURAS. Los planes voluntarios de salud pueden cubrir total o parcialmente una o varias de las prestaciones derivadas de riesgos de salud, estén o no incluidas en el POS, tales como, copagos; servicios de salud, médicos, odontológicos, pre-hospitalarios, hospitalarios o de transporte; condiciones diferenciales frente a los planes obligatorios; coberturas de periodos de carencia; y otras coberturas de contenido asistencial o prestacional.

PARÁGRAFO. Las Entidades Promotoras de Salud solo podrán ofrecer planes complementarios a personas que tengan el POS en su misma Entidad Promotora de Salud y las coberturas estarán circunscritas a los copagos, a los servicios no cubiertos por el POS, o a servicios incluidos en diferentes condiciones de hotelería, de acceso, de frecuencia de usos de servicios de salud y de tecnología, o de atenciones diferentes que permitan diferenciarlo de los planes obligatorios de salud.

En los planes de atención complementaria solo podrán ofrecerse los contenidos del Plan Obligatorio de Salud en las mismas condiciones de atención cuando estos estén sujetos a periodos de carencia, exclusivamente durante la vigencia de este periodo.

ARTÍCULO 21. PROTECCIÓN AL USUARIO. Las entidades habilitadas para emitir planes voluntarios no podrán incluir como preexistencias al tiempo de la renovación del contrato, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que se padecían antes de la fecha de celebración del contrato inicial.

En las pólizas de seguros de que trata el presente decreto no será aplicable la reticencia ni la inexactitud.

PARÁGRAFO. Las entidades que ofrezcan planes voluntarios de salud no podrán dar por terminado los contratos ni revocarlos a menos que medie incumplimiento en las obligaciones de la otra parte.

ARTÍCULO 22. COBERTURAS SIMULTÁNEAS. Cuando existan coberturas simultáneas entre un plan obligatorio y uno voluntario se aplicarán las siguientes reglas:

22.1. El afiliado elegirá libremente el plan por el cual ingresa para su atención, sin perjuicio de que solicite servicios adicionales a otro plan de acuerdo con sus coberturas, cuando la misma no se encuentre incluida en el primero.

22.2. Cuando medie acuerdo entre las Entidades Promotoras de Salud y las entidades que emiten planes voluntarios de salud, los reembolsos por la atención prestada a sus afiliados, respecto de servicios cubiertos o amparados simultáneamente, por el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Voluntario tendrán como tope el valor global del descuento que se hubiere dado a los usuarios en el plan voluntario. En ningún caso el valor global de los descuentos podrá exceder el 30% de la Unidad de Pago por Capitación promedio de la Entidad Promotora de Salud. El reembolso aquí mencionado no podrá ser registrado por la Entidad Promotora de Salud como gasto médico.

El Gobierno Nacional podrá reglamentar el monto del valor global del descuento teniendo en cuenta el perfil demográfico de la población afiliada. Las entidades deberán registrar las respectivas cuentas en forma discriminada conforme las reglas contables que defina la Superintendencia Nacional de Salud.

CAPITULO IV.

AUTONOMÍA PROFESIONAL.

ARTÍCULO 23. AUTONOMÍA PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS Y ODONTÓLOGOS. Se adiciona el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, con los siguientes párrafos:

“PARÁGRAFO 1o. Entiéndase por autonomía de las profesiones médica y odontológica la prerrogativa que la sociedad les confiere para autorregularse, de acuerdo con lo establecido en este artículo, mediante estándares que una vez adoptados, son de obligatorio cumplimiento.

Los estándares definidos por los profesionales médicos y odontólogos, representados por la Academia Nacional de Medicina y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas en el caso de los médicos y la Federación Odontológica Colombiana en el caso de los odontólogos, en ejercicio de su autonomía, son de obligatorio cumplimiento para todos los médicos y odontólogos que ejerzan su profesión en el país.

PARÁGRAFO 2o. Cuando un paciente adulto, consciente y mentalmente competente o el legitimado para dar el consentimiento por el mismo, se niega a aceptar las recomendaciones formuladas por los profesionales médicos y odontólogos en observancia de los estándares, estos deben respetar la primacía de la autonomía del paciente, y así lo expresarán en la declaración de consentimiento informado en los términos que fije el Ministerio de la Protección Social para este fin.

ARTÍCULO 24. ESTÁNDARES DE ATENCIÓN EN SALUD. Los estándares serán desarrollados por representantes calificados de la Academia Nacional de Medicina y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas en el caso de los médicos y la Federación Odontológica Colombiana en el caso de los odontólogos, con la participación de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, Ascofame, y la Asociación Colombiana de Facultades de Odontología, ACFO, respectivamente, así como de las instituciones de educación superior acreditadas en Medicina y Odontología y del Ministerio de la Protección Social; con base en la metodología previamente acordada entre los participantes.

El Ministerio de la Protección Social fijará el sistema de calificación de los profesionales que intervengan en el desarrollo de los estándares.

ARTÍCULO 25. ADOPCIÓN DE LOS ESTÁNDARES. Una vez desarrollados por las entidades señaladas en el artículo anterior, los estándares serán adoptados por el Organismo Técnico

Científico para la Salud, serán referentes para el ejercicio de estas profesiones, la determinación de responsabilidad ético disciplinaria y la actualización de los planes de beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 26. CONOCIMIENTO SOBRE LOS ESTÁNDARES. Las entidades del sector donde se desempeñen profesionales médicos y odontólogos deberán promover el conocimiento y cumplimiento de los estándares que se adopten conforme al presente decreto, garantizando los principios de autonomía y autorregulación de los profesionales de la salud definidos en la Ley 1164 de 2007 y en este decreto.

Para la aplicación del presente artículo, cada entidad definirá y ejecutará programas anuales de actualización de sus profesionales, asegurando que estos cuenten con los espacios de tiempo y los recursos necesarios para tal fin y su verificación hará parte del proceso de habilitación.

ARTÍCULO 27. FONDO DE CAPACITACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. Créase el Fondo Cuenta de Capacitación de los Profesionales de la Salud con el objeto de financiar la actualización de los profesionales médicos y odontólogos en los estándares adoptados conforme al presente decreto. La administración de los recursos del Fondo se hará a través del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, ICETEX, previo convenio con el Ministerio de la Protección Social, y su financiación se efectuará con el 1% de los recursos recaudados por el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 643 de 2001, las multas impuestas en desarrollo de lo señalado en el artículo 32 y 33 del presente decreto y otros recursos que se destinen para tal fin.

ARTÍCULO 28. CONFLICTO DE INTERESES. Habrá conflicto de intereses en las situaciones en las cuales el juicio profesional del médico u odontólogo sobre el beneficio en la salud del paciente, la publicación de un documento de carácter médico o científico o el desarrollo de una investigación o de un estándar para el ejercicio de la profesión, esté subordinado a intereses contrarios a sus deberes éticos, legales y profesionales, bien sean ellos de prestigio, promoción social o de naturaleza económica o financiera.

PARÁGRAFO. El conflicto de intereses de naturaleza económica o financiera procederá cuando el mismo se predique del cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos

de los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o socio o socios de hecho o de derecho del respectivo médico u odontólogo.

ARTÍCULO 29. PRESUNCIÓN DE SITUACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES. Se presume la existencia de conflicto de intereses respecto de la formulación o prescripción de medicamentos, insumos, dispositivos, procedimientos de promoción de la salud y prevención, diagnóstico, tratamiento, terapéutica, rehabilitación o paliación de la enfermedad, así como de la elaboración de estudios dirigidos a definir el ajuste, actualización, modificación y definición de los planes obligatorios de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el desarrollo de los estándares de que trata este decreto, o la publicación de documentos de carácter médico científico, cuando:

29.1. Los profesionales de la salud tengan participación o interés económico directo o por interpuesta persona en empresas productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos, insumos, dispositivos o entidades que realizan procedimientos de prevención, diagnóstico, terapéutica o de rehabilitación.

29.2. Los profesionales de la salud acepten o reciban beneficios particulares de personas naturales o jurídicas por la promoción de insumos, dispositivos, procedimientos de prevención, diagnóstico, terapéutica, rehabilitación y paliación de la enfermedad, producidos, distribuidos, prestados o comercializados directamente o a través de terceros, a través de la formulación, prescripción o publicidad de los mismos.

ARTÍCULO 30. OBLIGACIONES PARTICULARES PARA QUIEN SE ENCUENTRE EN CONFLICTO DE INTERESES. Quienes se encuentren en situaciones de conflicto de intereses deberán revelar dicha situación al paciente quien expresará su conformidad o no en el consentimiento informado, en forma clara y suficiente. El Ministerio de la Protección Social reglamentará los formatos que se requieran para la declaración de conflicto de intereses.

La información de las declaraciones de conflicto de interés en la elaboración de investigaciones y estudios dirigidos a definir el ajuste, actualización, modificación y definición de los Planes Obligatorios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o los estándares de que trata este decreto, deberá ser difundida ampliamente y publicada en una página Web para consulta de todos los interesados.

El no revelar la situación generadora del conflicto de intereses constituirá falta ético disciplinaria.

En todo caso, los médicos y odontólogos se abstendrán de realizar o participar en aquellas actividades relacionadas con el ejercicio de sus profesiones, en las cuales sus juicios y decisiones se subordinen a intereses contrarios al logro de beneficios en la salud del paciente o que causen daño económico al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 31. SANCIONES AL PROFESIONAL MÉDICO U ODONTÓLOGO. Adiciónase el artículo 83 de la Ley 23 de 1981, y el artículo 79 de la Ley 35 de 1989, con el siguiente literal:

“e) Sanciones pecuniarias. Cuando el profesional se aparte sin justificación aceptable de una recomendación incluida en un estándar adoptado por su respectiva profesión y con ello ocasione un daño económico al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incurrirá en una falta que será sancionada con una multa entre 10 y 50 SMMLV.”

Los recursos recaudados por efecto de estas sanciones serán destinados al Fondo de Capacitación de los Profesionales de la Salud, creado en el presente decreto.

Para efectos de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, se tendrá como práctica no autorizada obrar en contra de lo previsto en este decreto. Adicionalmente, cuando a ello haya lugar, el comportamiento deberá ser analizado por las instancias de ética profesional que correspondan.

ARTÍCULO 32. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SECCIONAL ÉTICO PROFESIONAL EN MATERIA DE FALTAS A LA ÉTICA MÉDICA.

Modifíquese el artículo 84 de la Ley 23 de 1981, el cual quedará así:

“Artículo 84. El Tribunal Seccional Ético-Profesional es competente para aplicar las sanciones a que se refieren los literales a), b), c) y e) del artículo 83 de la Ley 23 de 1981. Cuando a su juicio haya mérito para aplicar la suspensión de que trata el literal d) del artículo 83 dará traslado, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha del pronunciamiento de fondo al Tribunal Nacional para que se decida”.

ARTÍCULO 33. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SECCIONAL ÉTICO PROFESIONAL EN MATERIA DE

FALTAS A LA ÉTICA ODONTOLÓGICA.

Modifíquese el artículo 80 de la Ley 35 de 1989, el cual quedará así:

“Artículo 80. El Tribunal Seccional Etico Profesional es competente para aplicar las sanciones a que se refieren los literales a), b), c) y e) del artículo 79 de la presente ley.

Cuando a su juicio haya mérito para aplicar la suspensión de que trata el literal d) del artículo 79 dará traslado, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha del pronunciamiento de fondo al Tribunal Nacional para que decida”.

ARTÍCULO 34. REFORMA A LA LEY 23 DE 1981. Confórmase la Comisión de Propuesta para la Reforma de la Ley 23 de 1981, en la cual participarán la Academia Nacional de Medicina, la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, ASCOFAME, y el Ministerio de la Protección Social, para la elaboración conjunta de un proyecto de ley que actualice la Ley 23 de 1981. Esta Comisión tendrá una duración de tres meses a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, período en el cual presentará al Ministerio de la Protección Social la propuesta de reforma de la Ley 23 de 1981.

ARTÍCULO 35. REFORMA A LA LEY 35 DE 1989. Confórmase la Comisión de Propuesta para la Reforma de la Ley 35 de 1989, en la cual participarán la Federación Odontológica Colombiana, la Asociación Colombiana de Facultades de Odontología, ACFO, y el Ministerio de la Protección Social, para la elaboración conjunta de un proyecto de ley que actualice la Ley 35 de 1989. Esta Comisión tendrá una duración de tres meses a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, período en el cual presentará al Ministerio de la Protección Social la propuesta de reforma de la Ley 23 de 1981.

ARTÍCULO 36. FORTALECIMIENTO DE LA COMISIÓN REGULADORA EN SALUD, CRES. Con el ánimo de acelerar el proceso de revisión del POS, se incorporarán, en forma transitoria y por el tiempo máximo de un (1) año, dos nuevos comisionados expertos a la composición de la Comisión Reguladora de Salud, CRES, los cuales serán representantes del Presidente de la República.

CAPITULO V.

DE LA AFILIACIÓN.

ARTÍCULO 37. NATURALEZA DE LA AFILIACIÓN. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es de carácter obligatorio para los colombianos y residentes del territorio nacional en los términos en que corresponden a cada régimen de aseguramiento; en consecuencia el Ministerio de la Protección Social establecerá los mecanismos de afiliación forzosa y las sanciones correspondientes.

La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se dará por una única vez. Luego de esta, los cambios en la condición del afiliado o los traslados entre EPS del mismo régimen o entre regímenes se considerarán novedades.

ARTÍCULO 38. DE LA COBERTURA UNIVERSAL. En el marco de la cobertura universal de las poblaciones SISBEN I, II y III el acceso a los servicios de salud contemplados en el Plan Obligatorio de Salud de la población elegible no afiliada deberá realizarse en el marco de la afiliación al Régimen Subsidiado y por lo tanto, la entidad territorial deberá adelantar de manera inmediata la afiliación para que dichos servicios sean atendidos con cargo a las fuentes de financiamiento previstas por la Ley 1122 de 2007, para dicho Régimen.

ARTÍCULO 39. Modifíquese el literal a del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“a) Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en el nivel I del Sisbén o del instrumento que lo reemplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción.

La población de los niveles II y III del Sisbén podrán recibir subsidio total o pleno siempre y cuando no cuenten con capacidad parcial de aporte de acuerdo con los instrumentos que defina el Gobierno Nacional para tal fin.

Se promoverá la afiliación de las personas que pierdan la calidad de cotizantes o beneficiarios del régimen contributivo y que pertenezcan a los niveles I y II del Sisbén”.

ARTÍCULO 40. Modifíquese el literal b) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“b) La ampliación de cobertura con subsidios parciales a nivel municipal se hará una vez se haya logrado una cobertura del 80% al régimen subsidiado de los niveles I y II del Sisbén.

Tendrán prioridad quienes hayan perdido su afiliación al régimen contributivo, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Ministerio de la Protección Social”.

ARTÍCULO 41. ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. “Las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud (EPS). El Gobierno Nacional establecerá en un término no mayor a (3) tres meses a partir de la expedición del presente decreto, los términos, los plazos, las condiciones y requisitos de habilitación para que estas entidades puedan operar en los dos regímenes de aseguramiento”.

ARTÍCULO 42. PRESTACIÓN DE ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN. Las acciones de promoción y prevención de baja complejidad deberán prestarse a través de la red pública o privada habilitada del municipio de residencia del municipio del afiliado.

Los servicios promoción y prevención de mayor complejidad se deberán contratar con la red habilitada de la región. En cualquier caso se procurará que estas atenciones se efectúen cerca de la residencia del afiliado con agilidad y celeridad.

CAPITULO VI.

FLUJO FINANCIERO.

ARTÍCULO 43. Modifíquense los numerales 1 y 7 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993, los cuales quedarán así:

“1. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, del régimen contributivo, continuarán siendo responsables por la labor de recaudo de las cotizaciones, sin perjuicio de que esta operación físicamente se realice de manera electrónica y que los efectos del recaudo así realizado en materia de compensación se generen de manera automática, de conformidad con el reglamento que para el efecto se expida”.

“7. Las demás que determine el Ministerio de la Protección Social”.

CAPITULO VII.

AFILIACIÓN, VALIDACIÓN E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE LOS SISTEMAS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

ARTÍCULO 44. REGISTRO ÚNICO DE AFILIADOS. Para los procesos de afiliación, identificación, validación y acceso a los servicios del Sistema de la Protección Social se podrá contar con un sistema de Afiliación Único Electrónico, el cual incorporará mecanismos biométricos, de acuerdo con la reglamentación que para tal fin expida el Ministerio de la Protección Social.

PARÁGRAFO. El suministro de información, las consultas, validaciones o verificaciones de la información biográfica y biométrica de los afiliados al Sistema de la Protección Social, que soliciten el Registro Único de Afiliados o quien lo administre o el Ministerio de la Protección Social a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

ARTÍCULO 45. VALIDACIÓN DE LA INFORMACIÓN DE LOS SISTEMAS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. El Ministerio de la Protección Social, para los fines de validación de la información suministrada por los aportantes y los afiliados al Sistema de la Protección Social, podrá consultar y compartir información con los Operadores de la Información de que trata la Ley 1266 de 2008, para lo cual se utilizarán los acuerdos o convenios existentes o los que se suscriban para tal fin.

CAPITULO VIII.

FINANCIACIÓN DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD.

ARTÍCULO 46. RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Los recursos del sistema general de seguridad social en salud y del sector salud por su destinación constitucional específica deberán utilizarse para los fines en ellos previstos y no podrán ser sujetos de pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera. La destinación diferente de estos recursos constituye práctica insegura e ilegal que será sancionada por las autoridades competentes.

ARTÍCULO 47. DEFINICIÓN Y CÁLCULO DE LA UPC. Para la definición del valor y estructura de la UPC, se realizarán estudios actuariales y económicos dirigidos a calcular la UPC y que servirán de insumo para la toma de decisiones en el Sistema General de Seguridad Social en

Salud.

ARTÍCULO 48. AJUSTE DE RIESGO DE LA UPC. Se propenderá por profundizar los mecanismos de ajuste de riesgo de la UPC. Para esto, se mantendrán las actuales variables de ajuste como edad, sexo, localización geográfica y se trascenderá en la inclusión de otras variables determinantes del gasto en salud tales como el estado de salud de los afiliados.

PARÁGRAFO. De manera transitoria, previa revisión que se realice conjuntamente por los Ministerios de Protección y Hacienda, en aras de garantizar la prestación de servicios de salud de los afiliados a EPS que evidencian una desviación de siniestralidad sobre el promedio del sistema, por razón de concentración del riesgo en alguna patología de alto costo que no pueda ser cubierta por los esquemas ordinarios de financiamiento establecidos para el mismo, esto es la UPC y el mecanismo desarrollado a partir del artículo 19 de la Ley 1122 de 2007, se podrá diseñar una metodología que permita definir el valor que deberá entregársele a la EPS para asegurar el equilibrio del financiamiento de dicha patología por los tiempos estrictamente necesarios y siempre teniendo en cuenta que esta concentración de siniestralidad es descendente en el tiempo.

El valor se pagará con cargo a la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía del régimen al que pertenezca la EPS que presenta dicha desviación.

ARTÍCULO 49. PAGO POR RESULTADOS EN SALUD. Se adelantarán las acciones necesarias para relacionar la financiación de los actores del sistema con los resultados en salud de la población afiliada, producto de la gestión del riesgo. Para estos efectos, se adelantarán los estudios técnicos tendientes a definir la metodología para el desarrollo de modelos que permitan ajustar la UPC por resultados en salud, que incluyan la evaluación de la gestión del riesgo.

ARTÍCULO 50. SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA. Para la financiación del Plan Obligatorio de Salud, se realizarán los estudios de sostenibilidad de las subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- dedicadas al financiamiento de los servicios de salud prestados en los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

PARÁGRAFO 1o. Las metodologías que se emplearán para los estudios mencionados en este capítulo, se establecerán previamente y serán divulgadas a los actores del sector.

PARÁGRAFO 2o. Las metodologías para el ajuste de riesgo epidemiológico y el pago por resultados en salud, se desarrollarán durante el 2010 y entrará en vigencia a partir de 2011.

ARTÍCULO 51. USO DE LA UPC-S PARA PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN NO EJECUTADA POR LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Los saldos de los recursos del valor de la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado (UPC-S), de que trataba el artículo 46 de la Ley 715 y definidos en el Acuerdo 229 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), se reintegrarán a la Subcuenta de Promoción del Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga para la financiación de programas o proyectos prioritarios que desarrolle el Plan Nacional de Salud Pública y que defina el Ministerio de la Protección Social.

Para tal efecto, las entidades territoriales deberán reportar la existencia o no de los saldos al Ministerio de la Protección Social dentro de los (30) treinta días siguientes a la publicación del presente decreto con el objeto de que se realice un posterior cruce de cuentas con los recursos del componente de Salud Pública del Sistema General de Participaciones de la respectiva entidad territorial. Una vez realizado este cruce de cuentas, cada entidad territorial efectuará el traslado de recursos correspondiente, entre las subcuentas de régimen subsidiado y de salud pública del fondo territorial de salud.

Sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, en caso de que la entidad territorial no reporte oportunamente esta información o la misma sea inexacta, se utilizará la información disponible en el Ministerio de la Protección Social.

ARTÍCULO 52. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

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 Cossío.

El Ministro de Relaciones Exteriores,

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Oscar Iván Zuluaga Escobar.

El Ministro de Defensa Nacional,

Gabriel Silva Luján.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

Andrés Darío Fernández Acosta.

El Ministro de la Protección Social,

Diego Palacio Betancourt.

El Ministro de Minas y Energía,

Hernán Martínez Torres.

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

Gabriel Duque 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 Guerra de la Espriella.

El Ministro de Transporte,

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

María Claudia López Sorzano."

III. ESQUEMA DE LA PRESENTE SENTENCIA

En razón a la extensión del decreto analizado y al volumen de intervenciones ciudadanas recibidas dentro de este proceso de revisión constitucional, y para facilitar la lectura y comprensión de la presente providencia, la Corte precisa, antes de proseguir, el esquema que seguirá su desarrollo:

En primer lugar la Sala registrará el informe aportado por el Ministro de Protección Social como resultado de lo solicitado por el Magistrado sustanciador mediante auto de febrero 1° de 2010 en relación con la naturaleza, propósito y contenido de las distintas medidas adoptadas mediante este Decreto, su efecto previsible, y la forma como cada una de ellas puede contribuir a superar la situación que en su momento condujo a la declaración del Estado de Emergencia Social, de que trata el Decreto 4975 de 2009.

Posteriormente, relacionará las intervenciones referidas a la totalidad del Decreto 131 de 2010, y presentará un resumen de los principales argumentos a partir de los cuales los ciudadanos y/o autoridades se pronunciaron, según el caso, por la exequibilidad o inexequibilidad del mismo. Esta relación concluye con las referencias al concepto presentado por el señor Procurador General, en cuanto éste contiene también consideraciones de alcance general.

Luego, la Corte reseñará aquellas intervenciones que contienen reflexiones puntuales dirigidas a solicitar la inexequibilidad, o en su caso, la exequibilidad, de artículos específicos del Decreto 131 de 2010, incluyendo también en este caso los comentarios contenidos en el concepto enviado por el Jefe del Ministerio Público. Estos escritos serán agrupados dependiendo del capítulo al que pertenezcan los artículos en ellos analizados y se presentarán en el mismo orden que tales capítulos ocupan dentro del texto de ese Decreto.

En ambos casos este registro incluye los escritos presentados con anterioridad al comienzo

del término de fijación en lista, así como todas las intervenciones recibidas antes del vencimiento de dicho término, en las que sus autores dicen promover demandas de inconstitucionalidad contra el decreto aquí analizado. En razón a la naturaleza de este trámite de revisión, la Sala considerará todos estos escritos impugnaciones o coadyuvancias ciudadanas, según corresponda. Concluida esta exposición, la Sala pasará a presentar las consideraciones que sustentan su decisión, comenzando así mismo por aquellas referidas a la totalidad del decreto analizado, para posteriormente, en caso de que dicho análisis conduzca de momento a la exequibilidad de aquel, abordar las consideraciones particulares sobre artículos específicos del mismo. A partir de lo anterior la Corte adoptará la decisión correspondiente.

IV. PRUEBAS RECAUDADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL – INFORME DEL MINISTRO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Dentro del término fijado en el auto de fecha 1º de febrero de 2010 el Ministro de la Protección Social hizo llegar al despacho del Magistrado sustanciador un extenso escrito mediante el cual interviene para solicitar a esta corporación que declare la exequibilidad del Decreto 131 de 2010, objeto de la presente sentencia. Los planteamientos contenidos en este escrito pueden resumirse de la siguiente manera:

Inicialmente el Ministro interviniente efectúa un recuento de los antecedentes que habrían conducido a la declaratoria de la emergencia social, relato que comienza desde el análisis de la situación existente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993. Posteriormente describe los principales lineamientos de la ley últimamente citada, entre ellos el esquema de aseguramiento al cual se accede a través de la afiliación, y el otorgamiento de un plan de beneficios al cual pueden acceder los afiliados y las personas que conforman su grupo familiar. A partir de ello resalta la inherente posibilidad de desajustes en el funcionamiento de este sistema, en caso de variar los supuestos sobre los cuales se encuentra sustentado, como señala que ha ocurrido con lo que denomina el crecimiento abrupto y acelerado de las prestaciones No Pos, unido a la carencia de suficientes fuentes de financiación, debido entre otras razones, a la baja contribución de las personas con capacidad de pago.

Seguidamente transcribe una parte de los considerandos del Decreto 4975 de 2009 (declaratorio del estado de emergencia social), para a continuación señalar algunas de las

circunstancias que, en su criterio, justificaban las medidas adoptadas mediante el Decreto que ahora se revisa, entre ellas la falta de credibilidad en los límites del Plan de Beneficios y la ausencia de autorregulación y autocontrol de parte de las personas llamadas a ordenar las prestaciones de salud. Resalta que estas circunstancias amenazan directamente la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud y alerta sobre las previsibles consecuencias de la eventual parálisis de dicho sistema. También se refiere a la forma como el Gobierno Nacional asigna y transfiere a las entidades territoriales recursos para la atención de los servicios de salud, y a las dificultades a que este proceso ha estado sujeto como resultado del referido incremento en la demanda de servicios no contemplados en las proyecciones que sustentaban el Sistema.

Al referirse a las medidas contenidas en el Decreto 131 de 2010, resalta que en razón a la multicausalidad del problema relatado, la sola adopción de medidas que inyectaran nuevos recursos al Sistema sería insuficiente, y sólo aplazaría unos pocos meses la crítica situación que a través de la emergencia social se ha pretendido superar, haciéndose necesaria entonces la toma de medidas complementarias como las plasmadas en este Decreto.

A continuación, cita algunos de los considerandos del Decreto 131 de 2010 y describe detalladamente la mayoría de sus disposiciones. Destaca la necesidad de crear conocimiento científico en torno a la prestación del servicio público de la salud, así como la importancia de generar un contexto cuidadoso y respetuoso de la autonomía profesional que se concretaría en el desarrollo y adopción de los estándares médico-científicos por parte de los respectivos colectivos de profesionales allí citados. Explica que estas medidas deben contribuir a controlar la demanda irracional de servicios médicos a que anteriormente se ha referido, al conjurar problemas que antes de la expedición de este Decreto se observaban, por ejemplo respecto de la falta de criterio científico suficiente por parte de algunos profesionales de la medicina, o en torno a la relación existente entre ellos y las empresas y laboratorios médicos, a propósito de la cual hizo alusión al otorgamiento de dádivas y otros estímulos de los segundos a los primeros para que receten a sus pacientes los medicamentos, procedimientos y tratamientos que aquellos comercializan. Resalta la urgente necesidad de establecer mecanismos, como la reforma y fortalecimiento de las normas que regulan la relación entre médicos y pacientes¹, de modo que pueda garantizar la debida transparencia que debe caracterizar dicha relación.

Posteriormente analiza el concepto de autonomía médica, y a propósito del mismo, presenta información relativa a la historia de la medicina, desde el Siglo XVII hasta épocas recientes. Indica que, conforme puede apreciarse en la literatura médica, la autonomía de estos profesionales se basa en la confianza de la comunidad frente a tres calidades que se predicen de aquellos como son su maestría o conocimiento técnico, su altruismo y su capacidad de autocontrol. También presenta algunas opiniones que, según refiere, han sido prevalentes en la comunidad científica internacional durante las últimas décadas del Siglo XX y los primeros años de este siglo, acerca de la pérdida de confianza de la comunidad en los profesionales de la medicina, y realiza algunos comentarios sobre las restricciones a la autonomía médica existentes en Colombia como resultado de equivocados mecanismos de control de costos implementados por los distintos actores del Sistema de Salud2. Explica que todas estas circunstancias dan lugar a importantes problemas estructurales, entre ellos algunos de los que condujeron a la declaratoria de emergencia social. A partir de todas estas reflexiones, justifica entonces que al amparo de este estado excepcional se revise y redefina el marco normativo de la autonomía médica, como en efecto se hizo en el Decreto 131 de 2010.

Respecto de la adopción de estándares a que antes hizo referencia, resalta que ella constituye un mecanismo racional de reducción de costos, y que no afecta negativamente la autonomía médica, siempre y cuando tales estándares sean libremente acordados por los representantes de la comunidad médica y además estén basadas en evidencia científica estadísticamente sustentada. Así mismo, subraya la necesidad de que estos estándares y las demás normas que gobiernan el ejercicio de la profesión médica se apliquen de manera efectiva, a partir de lo cual justifica el establecimiento de sanciones para aquellos casos en que se ignoren o desatiendan las normas aplicables.

Concluido este aparte, reseña algunas citas de la jurisprudencia de esta corporación en torno a la declaratoria de los estados de excepción y resalta el entendimiento que la Corte ha tenido respecto de la conexidad que debe existir entre la situación problemática que origina la emergencia y las acciones que el Gobierno adopta para superarla. Señala que en su concepto las medidas contenidas en el Decreto 131 de 2010 cumplen adecuadamente este requisito.

Finalmente, señala que las normas del Decreto 131 de 2010 tienen la capacidad de ayudar a

resolver los graves problemas descritos e impedir la extensión de sus efectos. Y advierte que en su expedición se dio exacto cumplimiento a los requisitos previstos en la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción, a saber: i) el de finalidad, puesto que las medidas expedidas están exclusivamente dirigidas a la solución de los problemas antes referidos; ii) el de necesidad, pues según afirma, resulta imperiosa la inmediata solución de los mismos; y iii) el de proporcionalidad, ya que el alcance de las medidas adoptadas es apenas el adecuado y el requerido frente a la gravedad de los problemas que con ellas se busca solucionar. Por todo lo anterior, el Ministro de la Protección Social concluye su intervención solicitando declarar exequibles en su integridad las disposiciones del Decreto 131 de 2010.

Adicionalmente el Ministro interveniente adjunta a su memorial varios listados de información que considera relevante para decidir sobre el caso planteado, incluyendo entre otros aspectos: i) acciones de tutela en las que se habrían concedido a los actores prestaciones por fuera del POS, que el Ministerio considera desproporcionadas; ii) quejas recibidas por la Superintendencia Nacional de Salud en relación con conductas de las EPS relacionadas con varios de los problemas descritos en su memorial; iii) casos que evidencian manejos inadecuados en la política de recobros de las EPS al FOSYGA por tratamientos o prestaciones No POS; iv) casos en que profesionales de la salud en determinadas regiones del país formulan medicamentos innecesariamente sofisticados para las características de las dolencias de los pacientes tratados; v) información sobre el valor del déficit corriente de los departamentos y distritos en relación con la financiación de la población pobre, en lo no cubierto con subsidios a la demanda y su variación del año 2008 al 2009.

V. INTERVENCIONES

5.1. Solicitando la exequibilidad del Decreto 131 de 2010

Durante el término de fijación en lista se recibieron cinco intervenciones oficiales y ciudadanas, en las que se pide declarar la constitucionalidad del Decreto 131 de 2010 en su totalidad. Tales escritos fueron presentados por el señor Ministro de la Protección Social, Diego Palacio Betancur³, por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, Edmundo del Castillo Restrepo, y por los ciudadanos Natalia Succar Jaramillo, Asesora del despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público, Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz⁴ y Wilman Arbej Moncayo Arcos⁵. En similar sentido se pronunciaron, aunque

extemporáneamente, las ciudadanas Elisa Carolina Torrenegra Cabrera⁶ y Luisa Fernanda García⁷.

Respecto de estos escritos, la Corte presenta a continuación un resumen de sus principales aspectos comunes, así como de aquellos que sólo algunos de ellos refirieron, advirtiendo que las reflexiones puntualmente dirigidas a ciertos artículos específicos se analizarán más adelante, en el espacio correspondiente, de conformidad con la metodología anunciada en el punto anterior.

En primer lugar, estos intervenientes coinciden en afirmar que el Decreto 131 de 2010 cumple con la totalidad de los requisitos formales exigidos para una norma de esta naturaleza, entre ellos su completa motivación, la expresa invocación de las facultades resultantes del decreto que declaró el estado de emergencia, la firma del Presidente de la República y de todos sus ministros, y su oportuna expedición, dentro del marco temporal trazado por el ya referido Decreto 4975 de 2009.

Así mismo, son contestes en considerar, de manera general, que este Decreto observa también los requisitos que en cuanto a su contenido exigen el artículo 215 constitucional, norma básica del estado de emergencia social, y la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción, en particular los criterios de finalidad, conexidad interna y externa, necesidad y proporcionalidad. Igualmente señalan que se hizo imperativo acudir al estado de emergencia por cuanto en los últimos meses se evidenció la insuficiencia de los instrumentos legales y administrativos ordinarios existentes para afrontar este tipo de situaciones, entre ellos la Ley 1122 de 2007, que según se afirma, implicó sin duda importantes avances en la materia. Por estas mismas razones consideran que las medidas contenidas en este Decreto deben ser declaradas exequibles.

En este sentido, resaltan que los considerandos del Decreto 131 de 2010 guardan estrecha cercanía con varios de los contemplados en el Decreto 4975 de 2009, declaratorio de la emergencia social, y que además, las medidas adoptadas a través del primero, algunas de las cuales son objeto de extensos comentarios, están directa y exclusivamente encaminadas a la solución de los problemas a que se refirieron ambos decretos, esto es, a controlar y superar la crítica situación financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud, como

producto del reciente y súbito desbordamiento de la demanda de servicios No Pos, y de las otras situaciones allí descritas que han agravado esa situación.

Una de estas circunstancias sería la que la representante del Ministro de Hacienda denominó ausencia de institucionalidad en torno a las formas de financiamiento de los eventos No Pos, problema que el capítulo 2º de este Decreto y otras de las medidas de emergencia buscarían corregir. De otra parte afirmaron también, en especial el ciudadano Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz, que algunos de los instrumentos previstos en este Decreto buscan viabilizar el cumplimiento de varias de las órdenes impartidas al Gobierno Nacional por esta corporación a través de la sentencia T-760 de 2008.

En lo relativo a la proporcionalidad de las medidas contenidas en este Decreto, señalan que este criterio debe considerarse cumplido pese al importante efecto de varias de tales disposiciones, especialmente en atención a la gravedad de la situación que a través de este estado de emergencia se pretende afrontar. Y en lo atinente a su contenido general, llaman la atención sobre el hecho de que la Corte Constitucional ha reconocido que, pese a su gran importancia, el derecho a la salud es susceptible de limitaciones, entre ellas la relativa a que sólo se financiarán con cargo a los recursos públicos o de solidaridad las prestaciones no incluidas en el POS de las personas que carezcan de capacidad de pago⁸.

Entre los principales instrumentos previstos en el Decreto 131 de 2010 que consideran idóneos para el logro de estos propósitos, los intervenientes mencionan, entre otros, la creación del Sistema Técnico Científico, y dentro de éste, la del Organismo Técnico Científico para la Salud (Capítulo 1º), las adiciones y precisiones sobre los contenidos del Plan Obligatorio de Salud (Capítulo 2º), la reformulación de los Planes Voluntarios de Salud (Capítulo 3º), la obligatoriedad de la afiliación (Capítulo 5º), las salvaguardas que se establecen respecto del uso de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁹ y las definiciones en torno al cálculo de la Unidad de Pago por Capitación UPC (Capítulo 8º).

De estos coadyuvantes solamente el ciudadano Wilman Arbey Moncayo Arcos se refirió al Capítulo 4º del decreto analizado, que contiene las normas relativas a la autonomía profesional de los médicos y odontólogos, las cuales consideró también necesarias, convenientes y proporcionadas a la gravedad de la situación planteada en el decreto por el

cual se declaró la emergencia social.

5.2. Solicitando la inexequibilidad del Decreto 131 de 2010

Los ciudadanos Sneyder Eduardo Brito García, Angélica María Silva Bernal, Andrés Zárate Gómez, Carlos Enrique Pardo López, Judy Pilar Prieto Camargo, Jorge Enrique García Ríos, José Néstor Torres Estupiñán, José Evangelista Delgadillo, Edgar V. Camacho Amórtegui, Darío García, Amparo Ramírez del Castillo, Carlos Rodríguez Cabezas, Carlos Ramírez Soto, Germán Enrique Reyes Forero, Miguel Ángel Enciso Pava, Tatiana Heredia Pieschacón, Germán Humberto Rincón Perfetti, Giomar Angélica Aguilar González, Carlos Alberto Alzate Giraldo, María del Carmen Nieto Montaño, Germán de Jesús Sánchez, Jaime Edward Ospina Guzmán, Néstor Álvarez, Hugo Bernal, Hernán Antonio Barrero Bravo, Armando de Jesús Duque Duque, Denis Honorio Silva Sedano, Héctor Eliéser Vásquez Ledesma, Rafael Augusto Manrique Figueredo, Josefina Bernat S. de Hurtado, Ivonne Lady Prada Molina, Elizabeth Gallardo Pérez, Beatriz Molina Rodríguez, Iván David Ortiz Durán, Jorge Humberto Cruz Estupiñán, Alexander Eduardo Asprilla Fetiva, Ricardo Castillo Mateus, Gladys Romero de Vásquez, Rafael Alberto Molano Piracoca, Luis Miguel Morantes Alfonso, Zita Froila Tinoco Arocha, Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Astrid Orjuela Ruiz, Felipe Galvis Castro, Alvaro Cardona, María Alejandra Canales Andrade, Iván Montenegro, Estefanía Pinzón Serrano, Elson Rafael Rodrigo Rodríguez Beltrán, Carlos Alberto Ballesteros Barón, Oscar David Miranda Urrego, Leslie Johana Noguera Carvajal, María Isabel García, Armando Orozco, Nidia Gutiérrez C, Alicia Gómez de Tarazona, Jorge Enrique Escamilla, Héctor López, Luis Humberto López, José Antonio Gutiérrez Ángel, Luz Stella Santamaría González, Aycardo González Gálvez, Landa Zuri Hinostroza, Isabel González y Gloria Mercedes Buitrago Salazar, así como un gran número de ciudadanos adherentes, presentaron sendos escritos, varios de ellos de similar o idéntico contenido, algunos en nombre propio y muchos otros como representantes de diversas organizaciones de la sociedad civil o grupos de ciudadanos, en todos los cuales se solicitó a la Corte Constitucional declarar inexequible en su integridad el Decreto 131 de 2010.

Muchos de estos ciudadanos solicitan esta decisión en la expectativa de que, previamente, este tribunal haya declarado la inconstitucionalidad del Decreto 4975 de 2009, declaratorio del estado de emergencia social. Bajo esa hipótesis, y sin necesidad de analizar ningún otro aspecto, el decreto que ahora ocupa la atención de la Corte sería declarado inexequible en

forma consecuencial, al no existir en cabeza del Gobierno Nacional facultades constitucionales ni legales que hicieran posible su expedición.

Ahora bien, aún bajo el supuesto de que la norma habilitante fuera encontrada exequible por esta corporación, varios de los intervenientes ofrecieron razones que conducirían a la inconstitucionalidad del Decreto 131 de 2010, entre las cuales pueden destacarse las siguientes:

- i. la existencia de un vicio formal consistente en que este Decreto, según se observa en su texto oficial, no contiene al inicio de su parte dispositiva la expresión “decreta:”
- ii. la inexistencia de hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico y social, ya que los factores invocados por el Gobierno Nacional, entre ellos el libre ejercicio de la autonomía de los médicos y odontólogos, no tendrían esta connotación;
- iii. la contrariedad existente entre sus disposiciones y varios principios constitucionales y/o derechos fundamentales, entre ellos la dignidad humana, la igualdad, el derecho a la honra, la libertad de escoger profesión u oficio, el derecho al trabajo, la autonomía profesional, el derecho de defensa y el debido proceso;
- iv. la extralimitación en el ejercicio de las facultades previstas en el artículo 215 superior, al no reunirse en realidad los supuestos de hecho necesarios para su ejercicio;
- v. por pretender la estandarización del ejercicio de la profesión médica en detrimento del pleno ejercicio del derecho a la salud, y en general, de los derechos de los pacientes;

También intervino en el mismo sentido, aunque una vez expirado el término de fijación en lista, el Defensor del Pueblo, Vólmar Pérez Ortiz, quien pidió a la Corte declarar la inexequibilidad por razones de fondo de las disposiciones del Decreto 131 de 2010, con la sola excepción de sus artículos 43 y 50, los cuales considera exequibles.

5.3. Concepto del Procurador General de la Nación

Mediante concepto N° 4926 presentado ante la Secretaría General de esta corporación el 10 de marzo de 2010, el Jefe del Ministerio Público, teniendo en cuenta la previa solicitud formulada por ese mismo despacho para que se declare constitucional el Decreto 4975 de 2009 “por el cual se declara el estado de emergencia social”, pidió a la Corte Constitucional declarar la consecuencial inexequibilidad del Decreto 131 de 2010. Posteriormente, y para el caso de que esta corporación haya declarado exequible el decreto habilitante, el Procurador formula comentarios específicos conducentes a la inexequibilidad de distintas disposiciones de este Decreto y a la exequibilidad de sus artículos 43 y 50. Según la metodología anunciada al comienzo de este aparte, esas observaciones son registradas más adelante en el espacio correspondiente a los artículos y capítulos a los cuales se refieren.

5.4. Respeto del Capítulo I sobre el Sistema Técnico Científico en Salud (artículos 1° a 8°)

Se pronunciaron desde diversas perspectivas, solicitando la inexequibilidad de los artículos 1°, 4° 5° y 6° de este Decreto los ciudadanos Hernán Antonio Barrero Bravo, Gustavo Gallón Giraldo, Luz Alejandra Osorio Rivera, Jaime Enrique Donado Manotas y Roy Barreras Montealegre. Cabe anotar que las dos últimas intervenciones referidas fueron presentadas extemporáneamente.

El ciudadano Barrero Bravo pidió la inexequibilidad de varias expresiones de los artículos 1° y 5°, el primero de los cuales crea el Sistema Técnico Científico en Salud, al considerar que la estandarización que se pretende, así como su carácter obligatorio para los profesionales de la medicina, violan la autonomía profesional reconocida a los facultativos por la Constitución Política y crean barreras que ponen en grave riesgo el derecho de las personas a la salud, reconocido por el artículo 49 superior. La crítica al artículo 5° fue compartida por el ciudadano Gallón Giraldo y las demás personas que suscriben el mismo memorial. El ciudadano Barrero Bravo sostuvo también que esas disposiciones son contrarias al artículo 215 ibídem, en cuanto dichas restricciones no estarían directamente encaminadas a solucionar los problemas planteados en los considerandos del Decreto 4975 de 2009.

El mismo ciudadano cuestionó las funciones que los numerales 4.4 y 4.6 del artículo 4° le atribuyen al Organismo Técnico Científico para la Salud, relacionadas con la adopción de estándares y la prestación de asesoría técnica y científica incluso “a la rama judicial cuando

ésta así lo requiera”, pues en su opinión tales funciones son contrarias al principio de separación de poderes previsto en el artículo 113 de la Constitución.

La ciudadana Luz Alejandra Osorio Rivera consideró inexequible el artículo 6°, que establece la composición del Organismo Técnico Científico en Salud, de origen mayoritariamente gubernamental, al estimar que en tales circunstancias no existen condiciones de independencia en el ejercicio de las importantes funciones que se le atribuyen a ese organismo, con lo cual el interés de los pacientes y personas particulares en la fijación de los estándares que les serán aplicables no estaría protegido, situación que encuentra contraria al contenido de los artículos 11, 12, 44 y 47 a 50 de la Constitución Política.

Por su parte, el Procurador General de la Nación consideró que las normas de este capítulo no se ajustan a los principios de necesidad y proporcionalidad, de que tratan la Ley Estatutaria 137 de 1994 y la jurisprudencia constitucional sobre los estados de excepción. Así, explicó que no se observa la relación de necesidad existente entre las razones invocadas para declarar el estado de emergencia y las disposiciones de este capítulo, las que, por lo demás, conformarían un sistema normativo amplio y coherente, de importantes implicaciones para el funcionamiento del sistema de salud y la efectividad de este derecho. También señaló que, por esas mismas razones, un sistema normativo de esta naturaleza, que incluso plantea limitaciones al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, debe ser objeto de un debate democrático al interior del órgano legislativo, y no ser adoptado unilateralmente por el Gobierno Nacional en su carácter de legislador extraordinario.

Por estas razones el Procurador General solicitó a la Corte declarar inexequibles todas las disposiciones que conforman el Capítulo 1°.

5.5. Respeto del Capítulo II sobre el Plan Obligatorio de Salud, doctrina médica y referentes basados en evidencia (artículos 9° a 18)

Presentaron en tiempo escritos en los que se impugna la constitucionalidad de algunas o todas las disposiciones de este capítulo los ciudadanos Doris Castillo Moreno, Julio Cesar Chaguendo, Edison Moreno Tibaduiza, Edelberto Cardona Nieto, Patricia Morales, Claudia Patricia Rojas, Jose Luis Moyano, Maribel López Vargas, Hilda Mercy Ortegón Romero, Paola Alarcón Acuña, Leonor Mariño, Diana Carolina Tarazona, Julio Cesar Barraza, Reyes Vargas Vargas, Juan Carlos Martín Zamora, Raquel Abella, Astrid Milena Vargas Abella, Beatriz Elena

Quiñónez, María Cecilia Cuellar, Gloria Urbano, María Dolores de Urbano, Hugo Hernán Rojas, Mireya Acuña Torres, Víctor Javier Reyes, Dora Pulido Pardo, Rosario Cuellar, Andrea Cardona Acuña, Maritza Camelo Buitrago, María Isabel García, Armando Orozco, María Ximena Valencia Perry, Jaime Edgar Ospina Guzmán, Angélica María Silva Bernal, Helena Rivas de Cardona, Hernán Antonio Barrero Bravo, Luz Marina Millán Ocampo, Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Astrid Orjuela Ruiz, Felipe Galvis Castro, Luz Stella Ruiz de Barbosa, Nohora Suárez Mora, Miguel Ángel Pardo Romero, José Villamil, Yazmín Higgins Turbay, Diego Peláez Mejía, Gloria Mercedes Buitrago Salazar, Cindy Caterine Díaz Areiza, María Cristina Rojas, Angélica María Silva Bernal y Francisco Pinzón Cortés. Intervinieron también en el mismo sentido, pero extemporáneamente, los ciudadanos Jaime Enrique Donado Manotas y Roy Barreras Montealegre. Por su parte, la ciudadana María Catalina Díaz presentó en forma oportuna una solicitud para que se declare la exequibilidad condicionada del artículo 11 de este Decreto.

La Corte realiza a continuación un resumen de los principales aspectos de estas intervenciones:

La mayoría de estos ciudadanos centra su análisis en el artículo 9º de este Decreto, por el cual se adiciona un artículo, el número 162A, al texto de la Ley 100 de 1993, norma que contiene una nueva definición del Plan Obligatorio de Salud al que se refiere también, desde su versión original, el artículo 162 de esa ley. Algunos de los intervenientes se refieren simultáneamente al artículo 10º sobre Límites y legitimidad del Plan Obligatorio de Salud.

Los impugnantes señalan que estas dos normas son contrarias a los derechos a la igualdad y a la salud, puesto que el POS así definido priorizará la atención de situaciones de baja complejidad frente a las demás; desconocen la dignidad humana al condicionar la atención especializada a la existencia de evidencia científica y de costo-efectividad, así como a la condición socio-económica de las personas, conceptos todos que la norma no define de manera satisfactoria; y vulneran también el derecho a la atención integral en salud, pues el POS privilegiará la atención de necesidades colectivas sobre las individuales. Agregan que si bien es claro que algunos derechos fundamentales pueden ser limitados durante los estados de excepción, no pueden ser restringidos en cuanto a su núcleo esencial, como consideran que ocurre en este caso con el derecho a la salud, reconocido por el artículo 49 superior.

Varios intervenientes señalan que si bien el artículo 10 menciona la consulta ciudadana como uno de los elementos que daría legitimidad al contenido del Plan Obligatorio de Salud no existe en la norma ninguna pauta o indicación sobre la manera de realizar tales consultas, y por ende, es completamente incierto si dicha participación será o no efectiva.

Otros más se refieren de manera concreta a la situación de las personas de la tercera edad, cuya atención en salud, de conformidad con estas normas, podría en muchos casos considerarse improcedente conforme al criterio de costo-efectividad. Señalan que esta situación es contraria al contenido de los artículos 13, 46 y 49 de la Constitución Política.

Cuestionan también que el artículo 9º pretenda definir el núcleo esencial del derecho a la salud, tema que, según afirman, debería ser objeto de una ley estatutaria, y que además lo haga ignorando importantes elementos que sobre el tema ha aportado la jurisprudencia constitucional, tanto respecto del concepto mismo como sobre cuál es ese núcleo, tratándose del derecho a la salud¹⁰. Por último, señalan que esa pretendida definición lo que hace es limitar la vigencia de este derecho fundamental.

Similares objeciones se plantean frente al contenido de los artículos 13 y 14 del decreto que se analiza, que tratan sobre la actualización del Plan Obligatorio de Salud y sobre los criterios de exclusión del mismo: referentes como el costo-beneficio, el impacto sobre la población o la aceptación de la ciudadanía presumiblemente conducirán a excluir la atención de las enfermedades raras, olvidadas y/o huérfanas, lo que condena a las personas que las padecen a no recibir atención dentro del marco del POS a partir del costo comparativamente alto que ellas implican. Adicionalmente, se considera que las modificaciones planteadas por estos artículos reducirían el alcance ya logrado y reconocido del derecho a la salud, es decir que se trata de medidas regresivas, contrarias al principio de progresividad en la prestación de los servicios de la seguridad social, contenido en el artículo 48 superior.

Por su parte, la ciudadana María Catalina Díaz pide a la Corte declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 11 del decreto que se revisa, bajo el entendido de que (i) la definición de los servicios de salud cubiertos por el POS deberá respetar el principio de integralidad, (ii) la Comisión de Regulación en Salud deberá “tener en cuenta las prioridades de la población según estudios epidemiológicos, y la sostenibilidad financiera de la

ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y las demás fuentes de financiación previstas por el sistema vigente” y (iii) el proceso decisario para la actualización, y el rediseño del POS deberá “garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud”.

Se pide también la inexequibilidad del artículo 17, que de manera general establece que los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud estarán sujetos a copagos, pagos compartidos o deducibles por las atenciones que reciban, estén o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. Se considera que esta regla afecta los derechos a la igualdad y a la salud ya que, contrario a lo establecido en la Constitución, la posibilidad de ser atendido pasaría a depender de la capacidad económica del individuo.

De igual manera, considera el Procurador que estas disposiciones violan la denominada cláusula de no retroceso en materia de derechos sociales, económicos y culturales, así como el principio de intangibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales durante los estados de excepción, razones que ratifican la inconstitucionalidad de estas disposiciones.

5.6. Respeto del Capítulo III sobre Planes Voluntarios de Salud (artículos 19 a 22)

Sobre estas disposiciones se pronunciaron los ciudadanos Fabián Andrés Bernal Beltrán, Luz Marina Millán Ocampo, Rebeca Herrera Díaz y María Catalina Díaz, quienes realizaron las consideraciones que se resumen a continuación:

Respecto de los artículos 19 y 20 alegan que desconocen los criterios de universalidad y solidaridad contenidos en el artículo 48 superior, sobre la seguridad social. Así mismo, que contienen una regulación integral sobre un aspecto estructural como es el de las coberturas voluntarias de salud, que en consecuencia debería ser adoptada por el Congreso de la República y no por el legislador extraordinario dentro de los estados de excepción, puesto que carece de conexidad con las circunstancias súbitas que deben enmarcar el uso de tales facultades. A lo anterior se agrega el hecho de que el tema de las coberturas voluntarias que proveen las empresas de medicina prepagada ni siquiera fue mencionado en el Decreto 4975 de 2009 como una de las causas que condujeron a la declaratoria del estado de emergencia social, lo que también plantea la falta de necesidad de las medidas relacionadas con este tema.

Así mismo, respecto del artículo 21, la ciudadana Rebeca Herrera Díaz considera que al excluir la aplicación a los contratos allí previstos de la reticencia y la inexactitud, causa modificaciones esenciales a la regulación del contrato de seguro prevista en el Código de Comercio, cambios que nada tienen que ver con las causas que justificaron la declaratoria del estado de emergencia social. Señala además que estas modificaciones incrementan el riesgo que asumen las compañías de seguros, lo que podría traducirse en un aumento de las primas, con la consiguiente reducción del atractivo de estas coberturas voluntarias, situaciones que, en cambio, incidirían negativamente en relación con los problemas que, a criterio del Gobierno justificaban la declaratoria de este estado excepcional.

Frente al artículo 22, que contiene reglas sobre el tema de coberturas simultáneas, la ciudadana María Catalina Díaz consideró que la norma regula una materia estructural, carece de conexidad con las causas de la emergencia, desconoce los principios de finalidad, necesidad y motivación suficiente, desmejora los derechos de los trabajadores con capacidad de pago, afecta los derechos de los usuarios y atenta contra la sostenibilidad del sistema. Por ello, estima que esta disposición resulta contraria a los artículos 48, 49 y 215 de la Constitución Política, razones por las cuales pide declarar su inyequivalencia.

En línea semejante, el Procurador General consideró que las normas de este capítulo no guardan conexidad con las causas de la emergencia social, ni tampoco observan los principios de finalidad y necesidad, requeridos para los decretos que se expidan dentro del marco de los estados de excepción, razones por las cuales solicitó a la Corte declarar su inyequivalencia.

5.7. Respeto del Capítulo IV sobre Autonomía Profesional (arts. 23 a 36)

Los ciudadanos Hernán Antonio Barrero Bravo, Tatiana Heredia Pieschacón, Francisco Pinzón Cortés, Luz Stella Ruiz de Barbosa, Nohora Suárez Mora, Miguel Ángel Pardo Romero, José Villamil, Yazmín Higgins Turbay, Diego Peláez Mejía, Rocío Giraldo Pinilla, Andrés Zarate Gómez, Angélica María Silva Bernal, Oswaldo A. Borráez Gaona, María Fernanda Jiménez Ayala, Jaime Edward Ospina Guzmán, Karen Delgado Corredor, María Cristina Rojas, Doris Castillo Moreno, Julio Cesar Chaguendo, Edison Moreno Tibaduiza, Edelberto Cardona Nieto, Patricia Morales, Claudia Patricia Rojas, Jose Luis Moyano, Maribel López Vargas, Hilda Mercy Ortegón Romero, Paola Alarcón Acuña, Leonor Mariño, Diana Carolina Tarazona, Julio Cesar

Barraza, Reyes Vargas Vargas, Juan Carlos Martín Zamora, Raquel Abella, Astrid Milena Vargas Abella, Beatriz Elena Quiñónez, María Cecilia Cuéllar, Gloria Urbano, María Dolores de Urbano, Hugo Hernán Rojas, Mireya Acuña Torres, Víctor Javier Reyes, Dora Pulido Pardo, Rosario Cuellar, Andrea Cardona Acuña, Maritza Camelo Buitrago, María Isabel García, Armando Orozco y María Ximena Valencia Perry presentaron oportunamente distintos escritos, algunos de ellos de idéntico contenido, en los que solicitan declarar la inexequibilidad de todas o algunas de las disposiciones de este capítulo. En el mismo sentido se pronunciaron también, aunque extemporáneamente, los señores Gustavo Malagón Londoño, Jaime Enrique Donado Manotas, Roy Barreras Montealegre y Fernando Delgado L.

Varios de estos ciudadanos analizaron el contenido del artículo 23, que añade dos nuevos párrafos al texto del artículo 26 de la Ley 1164 de 2007 sobre Talento Humano en Salud, normas en las que se define y regula el concepto de autonomía de las profesiones médica y odontológica y se reitera el carácter obligatorio de los estándares¹² a que se hace referencia en otras disposiciones del mismo decreto. Señalaron que la obligatoriedad de los estándares anula la autonomía científica de los profesionales de la salud, elemento que ha sido local e internacionalmente reconocido como esencial de un buen sistema de salud efectivo y eficiente. Ese impacto vendría dado por el hecho de que se impide a los médicos formular lo que los pacientes necesitan y cumplir así su misión humanitaria, al tiempo que se afecta también el derecho a la salud de aquellos, cuyos casos, pese a su individualidad, sólo podrán ser atendidos dentro de la rigidez de tales estándares. Agregaron que el control de los gastos, so pretexto de la sostenibilidad del sistema, no debe ser utilizado como una barrera de acceso al servicio de la salud, que tiene por objeto la satisfacción de un derecho fundamental.

Algunos de los intervenientes se refirieron además a la posible falta de representatividad de las instituciones encargadas de la definición de esos estándares, planteando dudas sobre su condición de colegios profesionales, cuya estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos por mandato constitucional¹³, o de meras asociaciones, que no estarían sujetas a tales requisitos. Agregaron que, aún en caso de que sí se les considere colegios profesionales, las normas del Decreto 131 que les habilitan para la definición de estos estándares serían en todo caso inexequibles, ya que esa función es extraña al rol de esas instituciones.

Por su parte, el ciudadano Miguel Andrés Araque Marín solicitó a la Corte declarar exequible el artículo 23 aquí analizado, ya que en su criterio la implementación de estándares y su exigibilidad no desconocen la autonomía profesional de los médicos ni ninguna otra cláusula constitucional. Además, presentó varias experiencias de países extranjeros según las cuales la existencia y observancia de los estándares y buenas prácticas es una situación común, altamente valorada por los profesionales de la medicina.

El ciudadano Barrero Bravo cuestionó también el contenido del artículo 25 de este Decreto, conforme al cual, una vez desarrollados estos estándares, ellos “serán referentes para el ejercicio de estas profesiones”, mandato que, según afirma, podría considerarse contradictorio frente a la obligatoriedad de los estándares que se establece en otras normas del mismo decreto. Más allá de esta circunstancia, consideró que esta disposición es inconstitucional frente a lo planteado en el artículo 215 superior, por cuanto no guarda conexidad con las razones que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia social.

Respecto del artículo 31 que prevé la imposición de sanciones pecuniarias¹⁴ al personal médico u odontológico que “sin justificación aceptable” se aparte de los estándares a que se viene haciendo referencia, y con ello ocasione un daño económico al Sistema de Seguridad Social en Salud, consideraron los impugnantes que es inconstitucional, por vulnerar la autonomía de los profesionales de la salud, por ser contrario a la garantía del debido proceso prevista en el artículo 29 constitucional y, como en muchos otros casos, por ser un contenido no relacionable con las causas que según el Decreto 4975 de 2009, justificaron la declaratoria de este estado de excepción. Indicaron además que en razón a su naturaleza sancionatoria, en caso de ser considerado exequible, este artículo no podría regir sino en forma temporal, por el término máximo de un año contado desde la fecha de su expedición¹⁵.

También indicaron que con la amenaza de sanciones a quienes se aparten de los estándares, tanto como con la obligatoriedad de éstos (art. 23) se obstruye además el derecho al trabajo de los profesionales médicos y odontológicos.

Sobre los artículos 32 y 33, que modifican normas de las Leyes 23 de 1981 y 35 de 1989 respectivamente, y atribuyen competencias sancionatorias a los tribunales seccionales ético-profesionales, señaló la ciudadana Karen Delgado Corredor que vulneran el principio de

reserva legal de las normas sancionatorias. Por su parte, el ciudadano Hernán Antonio Barrero Bravo consideró que estos artículos, así como los dos siguientes (34 y 35, sobre la posibilidad de promover reformas integrales de esas dos leyes) no guardan ninguna relación con las razones de la emergencia social, en cuanto las competencias previamente existentes, y en general el contenido de estas leyes, no podrían considerarse como causantes de aquélla. También cuestionó que el inciso final de las dos primeras normas (32 y 33) prevea, bajo determinadas hipótesis, el traslado de la actuación al Tribunal Nacional, al considerar que esas reglas son contrarias al debido proceso y al principio de la doble instancia previsto en el artículo 31 de la Constitución Política.

Por último, el Procurador General se refirió de manera particular a los ya comentados artículos 23, 25 y 31, en conjunción con el 5º, que es el que por primera vez se refiere a la aplicación de estándares. Consideró que si bien el Decreto 131 de 2010 contiene dentro de sus considerandos alguna referencia a la supuesta necesidad de modificar la normatividad sobre el tema de Talento Humano en Salud, esta motivación es insuficiente frente al deber activo de argumentación que compete al Gobierno Nacional a efectos de justificar adecuadamente las medidas legislativas que adopta dentro del marco de los estados de excepción.

De otra parte, anotó que el establecimiento de estándares, su obligatoria aplicación y la sanción a quienes se aparten de ellos causan importante restricción al núcleo esencial de derechos fundamentales, concretamente los derechos a la autonomía médica y a la salud, temas que deberían ser desarrollados mediante una Ley Estatutaria. Añadió que, aún aceptada la relación de conexidad entre las razones de la emergencia y estas medidas, se observa que ellas resultan desproporcionadas respecto de la gravedad de los hechos que se pretende conjurar, en comparación con el grado de lesión que estas normas causan a tales derechos.

Si bien el Jefe del Ministerio Público sólo extendió su análisis a los artículos anteriormente referidos, en la parte final de su concepto solicita a la Corte declarar inexequibles todas las normas de este capítulo.

5.8. Respeto del Capítulo V sobre Afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud (artículos 37 a 42)

Sólo el Procurador General se refirió a las normas de este capítulo, algunas de las cuales contienen modificaciones a la Ley 1122 de 2007. Consideró simplemente que estas disposiciones no guardan la debida conexidad con las causas de esta emergencia social, y que por lo mismo no cumplen tampoco con los criterios de necesidad y finalidad. Por esta razón pide también declarar la inexequibilidad de todas ellas.

Sobre esta norma se recibieron tres distintas opiniones. Mientras que el ciudadano Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz pidió a la Corte declarar su inexequibilidad, el Defensor del Pueblo y el Procurador General, de manera coincidente, solicitaron su declaratoria de exequibilidad. La norma modifica el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 y establece que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) continuarán siendo responsables del recaudo de las cotizaciones, sin perjuicio de que esta labor se realice en forma electrónica.

Frente a esta regla, el ciudadano Díaz-Granados Ortiz señaló que si bien existe un considerando del Decreto 4975 de 2009 relativo al deterioro de la liquidez de los distintos actores del Sistema de Seguridad Social en Salud, que podría entenderse como origen de esta disposición, lo que permitiría dar por cumplido el requisito de la conexidad, e incluso el de necesidad, no ocurre lo mismo con el principio de proporcionalidad, ya que se asigna a las EPS responsabilidad por una tarea que no estarán en posibilidad de controlar, siendo esta la razón que sustenta su pedido de inexequibilidad.

El Defensor del Pueblo, que en lo demás solicitó la inconstitucionalidad de casi todas las disposiciones de este Decreto, consideró en cambio que no existe disposición constitucional cuyo contenido aparezca contrario al de esta norma. Agregó que en la medida en que se busca facilitar el flujo de recursos a las EPS, la norma encuentra fundamento en los motivos que justificaron la declaratoria de la emergencia social.

Por su parte, el Procurador General se pronunció en términos semejantes, indicando que dado que esta norma busca solucionar uno de los principales problemas que al momento de declararse la emergencia aquejaban al Sistema de Salud, resulta válido que ella sea declarada exequible.

5.10. Respecto del Capítulo VII sobre Afiliación, Validación e Intercambio de Información de los Sistemas de Protección Social (artículos 44 y 45)

El señor Jorge Alberto Cardona Montoya¹⁶ solicitó a la Corte declarar la inexequibilidad de este artículo, por el cual se crea el denominado Registro Único de Afiliados y se establecen sus características, agregando que aquel “incorporará mecanismos biométricos, de acuerdo con la reglamentación que para tal fin expida el Ministerio de la Protección Social”. Consideró este ciudadano, entre otras razones, que: i) esta norma asigna al Ministerio de la Protección Social funciones constitucionalmente atribuidas a otras autoridades, concretamente a la Registraduría Nacional del Estado Civil; ii) la asignación de esta función en la forma ya indicada resulta contraria al principio de coordinación (art. 209) y puede afectar el goce efectivo de los derechos a la seguridad social y la salud (arts. 48 y 49); iii) se genera un mayor riesgo para la protección del derecho fundamental al hábeas data y en el manejo de información relativa a la seguridad nacional.

5.11. Respecto del Capítulo VIII sobre Financiación del Plan Obligatorio de Salud (artículos 46 a 52)

En relación con el artículo 46 sobre los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se presentaron dos escritos, uno por el ciudadano Eduardo Montealegre Lynnet, quien solicitó declararlo inexequible, y el del ciudadano Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz quien hizo algunas reflexiones sobre su contenido, y solicitó a la Corte realizar ciertas precisiones al respecto.

El ciudadano Montealegre Lynnet sostiene que el artículo 46 del Decreto 131 de 2010 causa una modificación al destino de los recursos recaudados por concepto de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), especialmente al considerar como práctica insegura e ilegal cualquier destinación diferente a la financiación de las prestaciones otorgadas a los afiliados dentro del marco del POS y a los gastos administrativos de la EPS, lo que deja por fuera la posible obtención de una utilidad o ganancia para esta última. En su entender, esta disposición es inconstitucional, puesto que el tema de la utilidad de las EPS no hizo parte de los motivos a partir de los cuales se declaró la emergencia social¹⁷, y por la misma razón, este cambio normativo no soluciona ninguno de los problemas entonces planteados. Adicionalmente, considera que esta modificación altera la coherencia interna del Sistema General de Seguridad Social en Salud y varía el destino de una renta parafiscal, razones a partir de las cuales dicho cambio debería ser adoptado por el órgano legislativo, y no por el Gobierno dentro del escenario extraordinario del artículo 215 superior.

En apoyo de su solicitud de inexequibilidad, este ciudadano efectúa un recuento de la jurisprudencia constitucional sobre el concepto de la Unidad de Pago por Capitación, su carácter de contribución parafiscal, y el hecho de que ella incluye la legítima ganancia de la correspondiente EPS. También señala que la inclusión de esta medida en el Decreto 131 de 2010 va en contra de los principios que rigen las facultades derivadas de la emergencia social de conformidad con el contenido del artículo 215 superior, la Ley 137 de 1994 y la jurisprudencia constitucional sobre la materia, especialmente la sentencia C-135 de 2009 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), entre ellos los principios de conexidad, necesidad y proporcionalidad.

Agrega que además esta norma cambia radicalmente los supuestos a partir de los cuales las EPS que para ese momento operaban en el mercado resolvieron incursionar en esta actividad, particularmente la posibilidad de recibir una ganancia o utilidad por su intermediación en la administración de servicios de salud mediante el esquema del aseguramiento. Por esta razón, considera el interveniente que el artículo 46 es contrario al principio de confianza legítima, reconocido como altamente relevante por la jurisprudencia constitucional, razón adicional que sustentaría la inexequibilidad de este precepto.

Por último, agrega que la expedición de esta norma podría además estar afectada por el vicio de desviación de poder, ya que según lo habría reconocido el Ministro de la Protección Social, ella habría sido incluida a propuesta y solicitud de la Asociación de Clínicas y Hospitales, organismo que presuntamente resultaría beneficiario de esta nueva regla.

Bajo consideraciones semejantes se pronunció el ciudadano Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz, representante legal de ACEMI, quien sin embargo no propuso un pronunciamiento específico en torno a la exequibilidad del artículo 46, sino que solicitó a la Corte precisar su alcance a través de esta sentencia. En su concepto, las restricciones planteadas en esta norma frente al destino de la Unidad de Pago por Capitación cambian completamente el carácter de prima que dentro del esquema de aseguramiento previsto en la Ley 100 de 1993, tenían estos recursos, así como la función que al respecto cumplen las Entidades Promotoras de Salud (EPS), el cual ya no sería asimilable a la de una entidad aseguradora, sino apenas a la de una administradora de recursos ajenos. Señala también que esta norma genera dudas sobre el carácter público o privado de la UPC y la forma como ésta debe ser contabilizada, y agrega que en caso de que se considere que la UPC tiene naturaleza pública, no sería clara la

posibilidad de que las EPS, que en su mayoría son entidades privadas, administren esos recursos.

Finalmente, la ciudadana María Cristina Rojas, así como aproximadamente otros 100 ciudadanos que adhirieron a su escrito, se pronunciaron a favor de la inexequibilidad del artículo 49, denominado Pago por resultados en salud, al entender que el esquema allí planteado premiará con el ajuste a la UPC a aquellas administradoras que resulten más exitosas en la restricción de los gastos derivados de la prestación de los servicios de salud. Señala que este planteamiento contiene un incentivo perverso que resulta contrario al interés de los pacientes, y en especial de la población de la tercera edad, lo que justifica su declaratoria de inconstitucionalidad.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 215 y el numeral 7º del 241, ambos de la Constitución Política, corresponde a la Corte Constitucional ejercer control oficioso de constitucionalidad sobre el Decreto 131 de 2010, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto 4975 de 2009, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia Social.

2. Inexequibilidad por consecuencia

Mediante sentencia C-252 del 16 de abril de dos mil diez (2010)¹⁸ la Corte Constitucional declaró inexequible el Decreto 4975 de 2009 por el cual el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social, por un período de treinta (30) días.

Al haber desaparecido del ordenamiento jurídico el fundamento normativo que sirvió de sustento a la expedición del Decreto Legislativo 131 del 21 de enero de 2010, éste necesariamente deviene 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 expedir decretos con fuerza de ley. Por ello, es claro que 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”¹⁹, consistente en que la declaración de inexequibilidad del decreto declaratorio del 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.” (Sentencia C-488 de 1995, criterio reiterado en el fallo C-135 de 1997 y en otros posteriores).

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.

Cabe advertir que, en la medida en que ninguna de las normas contenidas en este Decreto se relaciona con el establecimiento de fuentes tributarias de financiación, única situación que

según lo decidido en la ya indicada sentencia C-252 de 2010 podría conducir al señalamiento de una regla especial sobre los efectos en el tiempo de la presente decisión, no hay lugar a realizar ninguna consideración en este sentido.

VI. 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 131 del 21 de enero de 2010, “Por el cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de 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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrada

Magistrado

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Magistrado

Aclaración de voto

Aclaración de voto

NILSON PINILLA PINILLA

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

Magistrado

HUMBERTO A. SIERRA PORTO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Magistrado

Aclaración de voto

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-289 DE 2010

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

REF: Expediente RE-162

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 131 de dos mil diez (2010) “Por el cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

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

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

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

En segundo lugar, específicamente en relación con el proceso de la referencia, aclaro mi voto frente a una de las consideraciones contenida en el fallo. En la sentencia se indica que “Cabe advertir que, en la medida en que ninguna norma de las contenidas en este Decreto se relaciona con el establecimiento de fuentes tributarias de financiación, única situación que según lo decidido en la ya indicada sentencia C-252 de 2010 podría conducir al señalamiento de una regla especial sobre los efectos en el tiempo de la presente decisión, no hay lugar a realizar ninguna consideración en este sentido”. 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

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Y JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA C-289 DE 2010

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 diferida ultra activa desconoce los fundamentos constitucionales de la ratio decidendi (Aclaración de voto)

Referencia: expediente R.E.162

Revisión constitucional del Decreto Legislativo número 131 del 21 de enero de 2010, “Por el cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones.”

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

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-289 de 2010, que atiende específicamente la afirmación consistente en que al no haber regulado el Decreto 131 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 decisional de “inexequibilidad diferida” bajo unas precisas condiciones y circunstancias, que pueden sintetizarse así: i) el carácter excepcional de su empleo, ii) ha de constituir la única

alternativa para la defensa integral del orden constitucional, iii) no está sujeta a valoraciones de conveniencia o políticas, iv) tiene que estar motivada y suficientemente justificada, y v) debe 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.²⁰

Los casos en que esta Corporación haapelado de manera estricta a esta modalidad decisoria lo han sido, en términos generales, para periodos de normalidad institucional, esto es, de no alteración del orden público.²¹ Ello sin desconocer su referencia en los estados de excepción pero circunscrito a si la inconstitucionalidad sobreviniente del decreto de desarrollo tiene efectos hacia el futuro (a partir de la sentencia) o pueden retrotraerse a la expedición del decreto, o incluso a partir de la sentencia que declaró inexequible el decreto declaratorio.²²

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.²³

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).²⁴

5. En el presente asunto, la Corte acogió por unanimidad la declaración de inexequibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009 que declaró el estado de emergencia social en salud, tal como consta en el numeral primero de la parte 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 expidieron en su desarrollo por ausencia de base jurídica, siempre que exista una relación de causa a efecto entre la norma causal y la derivada.²⁵ 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.”²⁶ Negrillas al margen del texto transrito en comento.

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 verificarse la existencia de una contradicción argumentativa que termina por descartar el objeto de garantía constitucional que motivó la sentencia de inconstitucionalidad.

8.1. Respecto de una de las formas de estado de excepción (declaratoria del estado de emergencia social en salud) encontrada 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 differida 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 SGSSS²⁷ (atribución legislativa) sin que pueda observarse la adopción de medidas legislativas profundas para su atención oportuna, ii) se presentan situaciones de abuso, inefficiencia 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 [el] resultado de un estudio de los efectos del fallo de inexequibilidad sobre las normas constitucionales.”²⁸

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).²⁹

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-289 de 2010

Referencia: expediente RE-162

Asunto: Revisión constitucional del Decreto 131 de 2010, "por el cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones"

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

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 inexequible por consecuencia el Decreto

Legislativo 131 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 inexequibilidad del Decreto 4975 de 2009 y al mismo tiempo otorgar efectos diferidos a dicha inexequibilidad en relación con las medidas tributarias.

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

“(i) Es una decisión que conlleva una insalvable contradicción jurídica en tanto de un lado se declara la inexequibilidad 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 inexequibilidad del tribunal constitucional como “Legislador negativo” es la expulsión de las normas declaradas inexequibles del ordenamiento jurídico. En este caso, la Corte declara que un Decreto que declara una emergencia social es inexequible, 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.

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Cita entre otras las Leyes 23 de 1981 y 1164 de 2007, que introdujo reformas a la primera.

2 Sobre estos temas transcribe in extenso una declaración de la Asociación Médica Mundial adoptada en una conferencia internacional realizada en octubre de 1987.

3 Documento distinto de aquel relacionado en el punto anterior, presentado por solicitud del despacho del Magistrado sustanciador, pero de contenido semejante.

4 Quien obra en su calidad de Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral - ACEMI.

5 Quien obra en calidad de apoderado general de la Asociación Mutual la Esperanza ASMET SALUD ESS EPS-S.

6 Quien obra como Directora Ejecutiva de la Asociación de Empresas Gestoras del Aseguramiento de la Salud, GESTARSALUD.

7 Profesora de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

8 Los coadyuvantes, especialmente el ciudadano Wilman Arbey Moncayo Arcos, citan de manera particular la sentencia T-760 de 2008.

9 Con la sola excepción del ciudadano Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz, quien plantea algunos interrogantes sobre el contenido y alcances del artículo 46 y solicita a la Corte hacer ciertas precisiones al respecto. Este tema se analiza detalladamente en el espacio correspondiente.

10 Se citan varias sentencias, especialmente la T-760 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

11 Cita de manera particular el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC.

12 La definición de los estándares se asigna en esta y otras normas a la Academia Nacional de Medicina y a la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas (para el caso de los médicos) y a la Federación Odontológica Colombiana (para el caso de los odontólogos).

13 Artículo 26 de la Constitución Política.

14 Adiciona los artículos 83 de la Ley 23 de 1981 y 79 de la Ley 35 de 1989.

15 Esta observación se apoya en el precedente contenido en la sentencia C-224 de 2009 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

16 Apoderado especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

17 Según insiste el ciudadano Montealegre Lynnet, la principal razón que justificó la

declaratoria de la emergencia social fue la creciente desfinanciación del sistema debido al incremento desbordado de las prestaciones No POS, asunto completamente ajeno y distinto al manejo de la UPC, que como se ha dicho, financia las prestaciones previstas dentro del POS.

18 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

19 Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-488 de 1995, C-127, C-130 y C-135, todas de 1997, C-255, C-256, C-257, C-283 y C-284 todas de 2009.

20 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).

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

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

23 Sentencia C-619 de 2003.

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

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

26 Sentencia C-488 de 1995.

27 Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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

29 Cft. sentencia C-619 de 2003.