

Sentencia C-374/10

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Medidas para administrar y optimizar recursos que financian el régimen subsidiado de salud

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA-Configuración

La declaratoria de inexecutable con efectos inmediatos y hacia el futuro del decreto declaratorio del estado de emergencia social, el Decreto 4975 de 2009, y su exclusión del ordenamiento, tiene como consecuencia la exclusión de los decretos dictados a su amparo.

Referencia: expediente RE-163

Revisión de constitucionalidad del Decreto 132 del 21 de enero de 2010, 'por el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el régimen subsidiado de salud y se dictan otras disposiciones'.

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010)

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

SENTENCIA

en el proceso de revisión constitucional del Decreto Legislativo 132 del 21 de enero de 2010, 'por el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el régimen subsidiado de salud y se dictan otras disposiciones.

I. ANTECEDENTES

El 22 de enero de 2010, el Ministro del Interior y de Justicia remitió a la Corte Constitucional el Decreto 132 del 21 de enero de 2010, para su revisión, de acuerdo a lo previsto por la Constitución Política.

II. TEXTO DEL DECRETO LEGISLATIVO

DECRETO 132 DE 2010

(enero 21)

Por el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

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

CONSIDERANDO:

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

Que, la dinámica y mayor complejidad adquirida por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, frente al flujo de recursos también ha evidenciado que los procedimientos y mecanismos para su distribución y giro, establecidos en la ley, resultan insuficientes lo que conlleva a ineficiencias y desvíos, que perjudican a los diferentes agentes del Sistema, y hacen más costosa la financiación del mismo, poniendo aún más en evidencia la grave situación de iliquidez en las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que amenaza al goce efectivo del derecho a la salud de los colombianos;

Que, además, en consideración a los trámites y procedimientos legales previstos para la disponibilidad de algunos de los recursos que financian el Régimen Subsidiado, se han generado problemas de flujo de recursos entre las entidades encargadas de su presupuestación, recaudo, administración y giro, por lo cual se hace necesario establecer criterios para su administración en el nivel central, de forma tal que se garantice la eficiencia y oportunidad en el flujo de recursos, sin que las entidades territoriales vean afectadas sus competencias legales ni la titularidad sobre estos recursos;

Que se requiere reasignar recursos del sector salud para garantizar la universalidad del aseguramiento, la continuidad en la prestación de los servicios de salud y la sostenibilidad financiera de la afiliación al Régimen Subsidiado.

Que con el fin de que las aseguradoras que operan en el Régimen Subsidiado de Salud cumplan con su función de administración financiera del riesgo, se hace necesario el oportuno e integral recaudo de los recursos que financian la afiliación al régimen subsidiado;

Que, en vista de todo lo anterior, resulta necesario adoptar medidas extraordinarias tendientes a fortalecer los mecanismos de protección efectiva del derecho a la salud de las personas, mediante la determinación de las condiciones que garanticen el pronto pago a las EPS del régimen subsidiado y a la red prestadora de servicios de salud, y optimizar el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizando el acceso al servicio de salud de la población pobre y vulnerable.

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. MECANISMO DE RECAUDO Y GIRO DE LOS RECURSOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. El Ministerio de la Protección Social constituirá un patrimonio autónomo mediante un administrador fiduciario, en el cual se recaudarán los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud, según lo que para estos efectos determine el Gobierno Nacional.

En el patrimonio autónomo habrá una cuenta individual por cada distrito, municipio y departamento, en las cuales se registrarán los valores provenientes de los recursos de que trata el inciso anterior, cuyos titulares son las entidades territoriales, las cuales deberán

presupuestarlos y ejecutarlos sin situación de fondos.

El Administrador Fiduciario del Patrimonio autónomo girará directamente estos recursos a las entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, según el número de los afiliados que tengan registrados y validados mediante el instrumento definido por el Ministerio de la Protección Social para tal efecto, o a las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 1o. Según lo que defina el Gobierno Nacional, las entidades responsables de la administración, recaudo y control de los recursos a los que alude el presente decreto, girarán al patrimonio autónomo con la periodicidad y procedimientos establecidos en la normatividad vigente.

PARÁGRAFO 2o Los costos y gastos de la administración, apoyo técnico, auditoría y la remuneración fiduciaria necesarios para garantizar el manejo del patrimonio autónomo, se pagarán en primera instancia con cargo a los rendimientos financieros de estos recursos.

ARTÍCULO 2o. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Los departamentos, distritos y municipios administrarán el Régimen Subsidiado a través del seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud dentro de su jurisdicción.

El Gobierno Nacional definirá antes del 1o de abril de 2010 los mecanismos, actos o instrumentos jurídicos, mediante los cuales las entidades territoriales continuarán cumpliendo sus responsabilidades legales frente a la administración y operación del Régimen Subsidiado.

Las entidades promotoras de salud deben garantizar a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del Régimen Subsidiado, la prestación de manera directa o indirecta de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud.

La forma y las condiciones de operación de este Régimen son determinadas por el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 3o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. El Ministerio de la Protección Social podrá designar

como administrador fiduciario del patrimonio autónomo cuya constitución se ordena mediante el presente decreto, a entidades fiduciarias o Consorcio Fiduciario con los que se tenga un contrato vigente.

ARTÍCULO 4o. TRANSFORMACIÓN DE RECURSOS. Modifíquese el literal a) del numeral 1) del artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 que modificó el artículo 214 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

a) Los recursos del Sistema General de Participaciones en salud - SGPS que se destinarán previo concepto del Conpes, y en una forma progresiva al régimen subsidiado en salud: en el año 2007 el 56%, en el año 2008 el 61%, año 2009 el 65%. A partir del año 2010 este porcentaje se incrementará de manera progresiva de acuerdo con la gradualidad de la unificación de los planes obligatorios de salud entre el régimen subsidiado y contributivo que determine el Gobierno Nacional, sin superar el 90%.

b) Los recursos de rentas cedidas deberán transformarse para cofinanciar la unificación de planes obligatorios de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con un plan de transformación.

ARTÍCULO 5o. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de su publicación, modifica parcialmente los artículos 215 y 216 de la Ley 100 de 1993 y deroga, a partir del día primero de abril de 2010, el literal e del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, y deroga la expresión "Celebrar contratos para el aseguramiento en el Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y consagrada en el artículo 44.2.3 de la Ley 715 de 2001".

Publíquese y cúmplase.

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

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro del Interior y de Justicia,

FABIO VALENCIA COSSIO.

El Ministro de Relaciones Exteriores,

JAIME BERMÚDEZ MERIZALDE.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR.

El Ministro de Defensa Nacional,

GABRIEL SILVA LUJÁN.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

ANDRÉS DARÍO FERNÁNDEZ ACOSTA.

El Ministro de la Protección Social,

DIEGO PALACIO BETANCOURT.

El Ministro de Minas y Energía,

HERNÁN MARTÍNEZ TORRES”.

(Diario Oficial No. 47.599 de 21 de enero de 2010)

III. INTERVENCIONES

Dentro del proceso de revisión constitucional se registraron las siguientes intervenciones:

1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad del decreto legislativo

1.1. Ministerio de la Protección Social¹

El Ministerio de la Protección social es la primera entidad que participó en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de las normas. Teniendo en cuenta que (i) durante el último año la cartera hospitalaria se ha recrudecido; (ii) que la administración de los recursos del sistema pasa por una contratación compleja, que afecta el flujo adecuado de los recursos;² (iii) que se ha identificado erradamente la población del régimen subsidiado; (iv) que la identificación de la población, en todo caso, sólo tiene validez dentro de una parte

del territorio, afectando el acceso a los servicios a las personas del régimen subsidiado que circulan por la nación o son obligadas a desplazarse; y (v) que el Gobierno, en desarrollo de sus obligaciones constitucionales y legales, las cuales fueron reiteradas por la sentencia T-760 de 2008, ha tomado medidas con el fin de hacer efectiva la universalización del servicio de salud y la unificación de los servicios del régimen; el Ministerio consideró “[...] que se deben adoptar medidas para generar un pagador único a fin de mejorar la liquidez entre los actores del Sistema, lo cual garantizará el pago oportuno al prestador, quien es la puerta de entrada del ciudadano para acceder a los servicios de atención en salud de la población más vulnerable.

El Ministerio alegó que las normas adoptadas tenían una relación directa y específica con el Estado de Emergencia, responden a la imposibilidad de conjurar la crisis mediante atribuciones ordinarias, y, efectivamente, permiten controlarla e impedir la expansión de sus ejemplos.

1.2. Departamento Nacional de Planeación³

Para el Departamento Nacional de Planeación, el Decreto legislativo en cuestión cumple con los requisitos de forma y de fondo para poder ser declarado exequible por la Corte Constitucional. Considera que se trata de una norma que pretende enfrentar uno de los problemas que obstaculiza el acceso a los servicios de salud a las personas, a saber, el lento flujo de los recursos. De acuerdo con las conclusiones de una investigación realizada por la Universidad Nacional de Colombia al régimen subsidiado, el Departamento de Planeación sostiene que los municipios no cuentan con capacidad suficiente para la aplicación de los procesos del régimen, especialmente en lo relacionado con los recursos tecnológicos y humanos capacitados a nivel municipal para manejar un sistema que en su diseño, es complejo de administrar. “Como resultado –se afirma– el flujo de los recursos en el sistema es lento, hay un innecesario gasto administrativo y se reduce el acceso de las personas de bajos recursos a los servicios de salud que requieren. Lo anterior, sin hacer referencia a la dificultad que tienen muchas entidades territoriales para ejecutar eficientemente su responsabilidad de ser interventores de los contratos de Régimen Subsidiado.”

Para el Departamento las medidas son conexas con la declaración y deben ser tomadas, por cuanto los medios ordinarios así no lo permiten. Adicionalmente, alega que las medidas se

ajustan materialmente a la Constitución Política, por lo que afirmó que “la descentralización, a diferencia de la unidad, tiene un grado amplio de determinación a cargo del legislador el cual se acentúa respecto de ciertas materias en donde lo territorial no puede intervenir, es decir, no tiene competencia normativa, salvo la de brindar apoyo (tal es el caso de funciones como la justicia o la seguridad). No ocurre lo propio con lo nacional, cuya capacidad regulatoria puede llegar a disminuirse pero nunca ser nula.” Para Planeación “[se] trata entonces de la creación de un mecanismo de administración de recursos encaminado a reducir los costos de transacción, permitir un control más efectivo de su manejo y garantizar el efectivo cumplimiento de las responsabilidades y funciones de las entidades estatales, en distintos niveles, que redundan en transparencia y mejor aprovechamiento y, en última instancia, garantiza la vigencia del derecho a la salud de la población más vulnerable.”

1.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁴

Para el Ministro, el Decreto legislativo analizado constituye una de las medidas centrales de la Emergencia. A su parecer, dada “[...] la necesidad de avanzar hacia la garantía de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del Régimen Subsidiado a nivel nacional, más allá de las fronteras de cada entidad territorial y que esta circunstancia no siga siendo una barrera de acceso y movilidad para la población, el mecanismo de recaudo y giro creado por el Decreto-Ley 1281 de 2002, por una parte, y un avance frente a los obstáculos legales que trataron de sortearse mediante el Acuerdo 415 de 2009 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud con la adopción de figuras como el denominado ‘factor de ajuste’. Este factor se obtiene de fórmula definida por el CNSSS mediante el cual es posible estimar el excedente de recursos necesarios para financiar los cambios en la movilidad de las personas entre entidades territoriales con el fin de que no pierdan la continuidad en el aseguramiento por este efecto. Este fenómeno ocurre porque los recursos que financian el Régimen Subsidiado se canalizan hacia las EPS por cada afiliado a través de la respectiva entidad territorial titular de dichos recursos. Por este motivo, pueden presentarse divergencias entre los recursos que financian los cupos de afiliación en una entidad territorial y a un número variable de afiliados que cambian de residencia a otra entidad territorial. Los instrumentos actuales no tienen la capacidad de registrar estos cambios de manera que los recursos disponibles se apliquen a la afiliación con mayor precisión, evitando el desperdicio de estos recursos limitados y permitiendo avanzar rápidamente hacia la cobertura universal y la unificación de los planes de beneficios.” Luego

de describir cada una de las medidas concretas incluidas en el Decreto, así como de analizar su conveniencia, el Ministro indica que varias de las medidas propuestas se han ido implementando de forma piloto en algunos municipios, como por ejemplo, la ciudad de Barranquilla.

1.4. Presidencia de la República

Luego de analizar los aspectos formales y de fondo del Decreto legislativo, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República solicitó a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad del Decreto legislativo analizado. Los argumentos presentados fueron, básicamente, los mismos que invocaron los Ministerios y el Departamento Nacional de Planeación.

2.1. Federación Colombiana de Municipios⁵

La Federación Colombiana de Municipios considera que, veladamente, el Decreto vacía a las organizaciones territoriales de sus competencias constitucionales de autogobierno. A su juicio, “[...] mientras en la parte motiva se habla de que ‘se hace necesario establecer criterios para su administración en el nivel central, de forma tal que se garantice la eficiencia y oportunidad en el flujo de recursos, sin que las entidades territoriales vean afectadas sus competencias legales ni la titularidad sobre estos recursos’, lo que se dispone en la parte resolutive es a tal punto diferente que las entidades territoriales, en teoría titulares de los recursos y por tanto administradoras, de los mismos [...]”, terminan no participando en su administración. Sostiene que al despojar a las entidades territoriales de su facultad de contratar el aseguramiento en el régimen subsidiado y centralizar el manejo de sus recursos, se está vaciando de contenido el ámbito de autonomía y se está afectando el núcleo esencial del derecho de las comunidades a manejar sus asuntos propios y ser artífices de su propio desarrollo.

2.2. Organizaciones sociales y grupos de profesionales, trabajadores de la salud, pacientes y ciudadanos en general

2.2.1. Representantes de la comunidad ante las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado de la ciudad de Bogotá DC, participaron para manifestar su preocupación por los decretos de emergencia social, recientemente expedidos por el gobierno nacional, en uso de

las facultades extraordinarias, entre ellos el número 132 estudiado en el presente proceso. Para estos ciudadanos, las medidas adoptadas son producto de la improvisación y la negociación con algunos sectores, que no benefician a todas las personas. Se trata de normas que se refieren a asuntos estructurales del Sistema, no a medidas para solucionar una crisis.

2.2.2. La Cooperativa Nacional de Odontólogos, Coodontólogos, puso al servicio de la Nación el conocimiento de sus miembros, para que se les tuviera en cuenta en la definición de las decisiones que les competen.

2.2.3. Los representantes de los pensionados agrupados en el Comité de Acción Unitaria de los Pensionados y extrabajadores de las comunicaciones CAPUEC, como veedores de los procesos que consideran que afectan, directa o indirectamente, su seguridad social, participaron para solicitar que se deroguen las normas que afecten sus derechos a la salud.

2.2.4. El Centro de Investigaciones para el Desarrollo, CID, participó en el proceso para manifestar a la Corte que las medidas antes que enfrentar una situación de crisis en el Sistema, enfrentan una serie de problemas estructurales. En todo caso, se considera que las medidas adoptadas no serían suficientes para superar dichos problemas. Los argumentos presentados se refieren en general a la emergencia, y no al Decreto legislativo 132 de 2010.

2.2.5. Varios ciudadanos intervinieron para solicitar a la Corte Constitucional que declarara la inexecutable del Decreto legislativo 132 de 2010: Jorge Enrique García Ríos, Carlos Rodríguez Cabezas, Amparo Ramírez del Castillo, Carlos Ramírez Soto, Carlos Eduardo Peña, Germán Humberto Rincón Perfetti, Doris Castillo Moreno, Julio César Changuedo, Edelberto Cardona, Edison Moreno Tibaduiza, Patricia Morales, Claudia Patricia Rojas, Sandra Briceño, Maribel, López Vargas, Hilda Ortegón, Paola Alarcón, Astrid Milena Vargas, Leonor Mariño, Julio Cabrera, Juan Carlos Martín, María Dolores de Urbano, Hugo Rojas Rodríguez, Mélida Camacho Prieto, Mireya Acuña Torres, Víctor Javier Reyes, Ana Pulido P, Rosario Cuellar, Andrea Cardona y Maritza Camelo Buitrago.

IV. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El 4 de mayo de 2010, mediante el concepto 4958, el Procurador General de la Nación,

Alejandro Ordóñez Maldonado, solicitó a la Corte declarar la inconstitucionalidad del Decreto 132 de 2010 “por consecuencia”. Al respecto señaló que al “[...] declararse la inexecutable del decreto habilitante, los decretos expedidos con fundamento en el mismo carecen de sustento jurídico, a pesar de que no hayan sido derogados o declarados inconstitucionales, pues es necesario que para que se ajusten en el ordenamiento constitucional, el Presidente de la República esté investido de facultades respecto de una disposición que lo habilite para tal efecto, pero una vez desaparece ésta del mundo jurídico porque recayó en ella una declaración de inexecutable, las decisiones que se hayan proferido también deben desaparecer de la órbita jurídica.”

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo señalado por los artículos 214 (6) y 241 (7) de la Constitución Política esta Corporación es competente para conocer del proceso de la referencia.

2. Inconstitucionalidad por consecuencia del Decreto 132 de 2010

Debería la Corte Constitucional pronunciarse de fondo sobre la executable del Decreto legislativo 132 de 2010. Sin embargo, en la sentencia C-252 de 2010 se resolvió declarar la inexecutable del Decreto 4975 de 2009, mediante el cual se declaró el estado de emergencia social y se dio sustento jurídico al Decreto legislativo que se estudia.

La declaratoria de inexecutable del estado de emergencia social, tiene efectos inmediatos y hacia el futuro, con excepción de aquellas normas que establecen fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud, en cuyo caso el efecto de inexecutable fue expresamente diferido.

En atención a que el Decreto legislativo 132 de 2010 no guarda relación con aquellas materias para las cuales el efecto de la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 fue diferido, resulta inexecutable por consecuencia. El decreto declarativo del Estado de Emergencia Social es el acto que faculta al Presidente de la República a legislar excepcional, limitada y temporalmente. Una vez excluido del ordenamiento este acto, los decretos legislativos dictados a su amparo siguen la misma suerte.⁶

De conformidad con lo expuesto, y siguiendo la jurisprudencia establecida por esta Corporación, se declarará la inexecutable del Decreto 132 de 2010, como consecuencia del aludido fallo.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, se estará a lo resuelto en la sentencia C-252 de 2010.

RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLE el Decreto 132 del 21 de enero de 2010, 'por el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el régimen subsidiado de salud y se dictan otras disposiciones'.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente en comisión

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-374 DE 2010

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE DECRETO DECLARATORIO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Modulación de efectos priva de eficacia la decisión (Aclaración de voto)

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, pues priva de toda eficacia a la decisión de inexequibilidad, que aunque formalmente se retira del ordenamiento jurídico la disposición, sigue produciendo efectos, con lo cual no habría diferencia alguna entre

declararla exequible o inexecutable, situación que se agrava si se está en el marco de un estado de excepción.

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Improcedencia de análisis material o formal/INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Análisis de decreto resultaba improcedente (Aclaración de voto)

Referencia: expediente RE-163

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 132 de veintiuno (21) de enero de dos mil diez (2010) "Por el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el régimen subsidiado de salud y se dictan otras disposiciones.

Magistrada Ponente:

Dra. MARIA VICTORIA CALLE CORREA

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 inexecutable se difieran, consiguiendo así suplantar, al menos por un tiempo, al

órgano legislativo en la expedición de normas jurídicas con fuerza de ley con un compromiso importante del principio de separación de poderes. Adicionalmente, el diferimiento de los efectos de una inconstitucionalidad es una escisión inaceptable del juicio de validez de la norma jurídica y de los efectos del mismo. Ello priva de toda eficacia a la decisión de 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 “en atención a que el decreto legislativo 132 de 2010 no guarda relación con aquellas materias para las cuales el efecto de la inexequibilidad del Decreto 4975 de 2009 fue diferido, resulta inexequible por consecuencia”. Con esta afirmación, se hace un juicio de fondo sobre una norma que simplemente ha debido declararse inconstitucional por consecuencia y sobre la que, por tanto, no procedía un análisis ni material ni formal. Esta contradicción es consecuencia directa de los efectos paradójicos que genera, a mi juicio, la utilización del efecto diferido en la decisión de inconstitucionalidad de un decreto declaratorio de estado de excepción.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA C-374 DE 2010

DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Inexequibilidad por consecuencia pura y simple (Aclaración de voto)

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Excepcionalidad de efectos diferidos de carácter ultra activos que obedece a precisas condiciones y circunstancias (Aclaración de voto)

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Modulación con efectos diferidos prevista para períodos de normalidad institucional (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS DE ESTADOS DE EXCEPCION-Exigencia de un control rigurosamente estricto (Aclaración de voto)

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA-Modulación de efectos diferidos desconoce ratio decidendi de sentencia de inexecutable del estado de emergencia (Aclaración de voto)

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

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Estudio de artículos sobre naturaleza de ingresos constituye un análisis material improcedente (Aclaración de voto)

Referencia: expediente R.E.163

Revisión constitucional del Decreto Legislativo número 132 del 21 de enero de 2010, "Por el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el régimen subsidiado de salud y se dictan otras disposiciones."

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional procedo a hacer explícitas las consideraciones que me llevaron a aclarar el voto sobre la sentencia C-374 de 2010, que atiende específicamente la afirmación consistente en que al no haber regulado el Decreto 132 de 2010 fuentes tributarias de financiación no se hacía necesario entrar a diferir los efectos de la sentencia de inexecutable.

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

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

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

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

2. Quienes nos apartamos de los anteriores razonamientos consideramos que la Corte termina contradiciendo su propia sentencia en cuanto al objeto de protección y garantía constitucional como lo fue el respeto por los principios democrático, participativo y de separación de poderes, que fundamentan el Estado de derecho (arts. 1º y 113 superiores).

3. Debemos empezar por señalar que este Tribunal ha recurrido a la modalidad decisional de “inexecutable 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 inexecutable inmediate 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.⁷

Los casos en que esta Corporación ha apelado de manera estricta a esta modalidad decisoria lo han sido, en términos generales, para periodos de normalidad institucional, esto es, de no alteración del orden público.⁸ 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 inexecutable el decreto declaratorio.⁹

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.¹⁰

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).¹¹

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 resolutive, que tuvo como fundamento esencial:

* La inexistencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios por la presencia de una problemática estructural, generada de tiempo atrás y recurrente que concierne al diseño, organización y sostenibilidad del sistema de salud en Colombia, además de que no pudo evidenciarse una agravación rápida e inusitada de un fenómeno ya existente. Específicamente, sobre la sostenibilidad financiera se expuso con base en sentencias del Consejo de Estado y de este Tribunal Constitucional la importancia de liberar recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga y de la regresividad que algunas medidas legislativas presupuestales hubieran representado para la población subsidiada de no declararse su 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 inexecutable del Decreto Legislativo 4975 de 2009.

6. Es claro para la Corte, entonces, que frente a la inexecutable 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.¹² Ha dicho este Tribunal:

“declarada la inexecutable del decreto básico, el Presidente de la República queda

despojado de toda atribución legislativa derivada del estado de excepción y, por ende, ha perdido la competencia para dictar normas con fuerza de ley.”¹³ Negrillas al margen del texto transcrito en comentario.

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

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

8.1. Respecto de una de las formas de estado de excepción (declaratoria del estado de emergencia social en salud) encontrada inexecutable, la mayoría de la Corte procedió a emplear una modalidad de sentencia sobre algunos decretos de desarrollo que resulta de uso extraordinario, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, que la ha limitado implícitamente en su aplicación para tiempos de normalidad institucional (efectos diferidos ultra activos) y que concierne a una materia de regulación transitoria (carácter temporal de

las normas tributarias) y no permanente (regla general), sin que se hubieren expuesto mayores razonamientos constitucionales para llegar a tal determinación.

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

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

i) se está ante una problemática estructural que concierne al diseño, organización y sostenibilidad financiera del SGSSS14 (atribución legislativa) sin que pueda observarse la adopción de medidas legislativas profundas para su atención oportuna, ii) se presentan situaciones de abuso, ineficiencia administrativa y corrupción que desequilibran aún más la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que debe controlarse el destino de los recursos públicos, iii) no logró demostrarse una inminencia en la perturbación del orden social o de una situación insalvable o incontenible, y iv) se dispone de un marco de competencias ordinarias a corto, mediano y largo plazo, suficientes para prevenir y corregir la problemática en salud con oportunidad y eficiencia (diseño de las políticas públicas en salud), lo cual por la materia que incumbe debe agotar indefectiblemente el camino de la democracia, el proceso de discusión pública, el trámite participativo y pluralista ante el Congreso, todo en la búsqueda del respeto por los derechos de los usuarios del servicio de salud.

Entonces, cómo es posible sostener bajo una modalidad decisoria ultra activa, que luego de la comprobación constitucional de la inacción del Estado para establecer unas políticas profundas, serías y estables en salud reconocida además por los actores de la salud, del desgano 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 romperse puede apreciarse que deben obedecer con mayor ahínco a la expresión de la voluntad popular y la democracia representativa bajo un proceso de discusión pública ante el Congreso (art. 215 superior).

8.4. Si el motivo de la inconstitucionalidad fue la inobservancia del principio democrático del cual emerge un proceso de discusión pública que busca garantizar la participación, el pluralismo y la publicidad, en correspondencia con los principios de soberanía popular y de separación de poderes, no es posible entender que la mayoría de la Sala Plena haya optado por habilitar constitucionalmente una modalidad de decisión que termina por desvirtuar el mismo objeto de protección constitucional acogido por unanimidad de la Corte. Ha de reiterarse que la procedencia de las sentencias de inexecutable diferida o de constitucionalidad temporal se ha limitado en tiempos de normalidad del Estado a que constituya “la única alternativa que posibilite la defensa integral del orden constitucional. No se trata entonces de una decisión sujeta a valoraciones políticas o de conveniencia, sino [e]l resultado de un estudio de los efectos del fallo de inexecutable sobre las normas constitucionales.”¹⁵

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

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

desarrollo que en virtud de la modulación de la sentencia mantendrían su vigencia transitoria, tampoco hubieran superado el más flexible control de constitucionalidad.

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

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

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).¹⁶

8.10. De ahí que el modo de ejercer la defensa integral de la Constitución Política estaba dado en declarar la inexecuibilidad consecencial de todos los decretos de desarrollo, sin

tener que acudir a modulación alguna sobre los mismos.”

Así dejo expresados los argumentos que me llevan a aclarar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-374 de 2010

Referencia: expediente RE-163

Magistrado Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, en la cual se decidió declarar inexecutable por consecuencia el Decreto 374 de 2010, en razón a que en su momento salvé mi voto frente a la sentencia C-252 de 2010, en la cual se decidió declarar la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 y al mismo tiempo otorgar efectos diferidos a dicha inexecutable en relación con las medidas tributarias.

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

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

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

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

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

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

Fecha ut supra

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 El Ministerio intervino a través del Ministro Diego Palacio Betancourt.

2 Dice la intervención: “[...] en el 2008 se firmaron más de 13 mil contratos; de estos contratos, más del 60% de los contratos se realizaron por menos de 1.500 personas, así como que el 2008 cerca del 50% de los contratos se firmaron por un tiempo menor al previsto en la asignación de recursos, estos elementos sumados afectan de manera importante la intervención de los mismos y los costos de transacción asociados al proceso, || [...] Cabe resaltar, que el giro inicial de los recursos del régimen subsidiado por parte del Fosyga, es tardío por las dificultades instrumentales y operativas de las entidades territoriales al suscribir los contratos de administración recursos con las EPS-S.”

3 El Departamento Nacional de Planeación participó en el proceso mediante apoderado.

4 El Ministerio intervino a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público, Oscar Iván Zuluaga Escobar.

5 La Federación participó a través de su Director Ejecutivo Gilberto Toro Giraldo.

6 Al respecto ver, entre otras, las sentencias C-448 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz) y C-127 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo, SV Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo).

7 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 constata 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).

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

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

10 Sentencia C-619 de 2003.

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

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

13 Sentencia C-488 de 1995.

14 Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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

16 Cft. sentencia C-619 de 2003.