Sentencia C-399/10

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Medidas para liberar recursos de saldos excedentes del situado fiscal y del sistema general de participaciones

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA-Configuración/SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Modulación de efectos

Mediante sentencia C-252 de 2010 la Corte declaró la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 por el cual se declaró el estado de emergencia social, en razón a que los hechos que la justificaron no eran sobrevinientes, sino que correspondía a una situación crónica que se ha agravado en el tiempo, y si bien, para la Corte, resultaba imperativo declarar la inconstitucionalidad del estado de emergencia por haber sido decretado por fuera de las hipótesis claramente determinadas por el texto superior, no podía ignorar las graves consecuencias, socialmente injustas, y notoriamente opuestas a los valores y principios constitucionales, que se derivarían de la abrupta e inmediata pérdida de vigencia de todas las medidas expedidas en uso de las facultades de excepción, posteriormente declaradas inexecutable, razón por la que en cumplimiento de su misión de ser un conciliador del derecho positivo con los dictados de la equidad propios de una situación concreta, dispuso, que los efectos de la sentencia se difirieran respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud.

SENTENCIA DE INEXECUTABILIDAD POR CONSECUENCIA-Improcedencia de la modulación de efectos temporales

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD SIN EFECTOS DIFERIDOS-Norma no genera rentas de origen tributario

Referencia: expediente RE-154

Revisión constitucional del Decreto 073 de 2010, "por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del situado fiscal y del sistema general de participaciones -Aportes Patronales que permitan financiar la atención a

la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, y se dictan otras disposiciones”.

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

I. ANTECEDENTES.

En cumplimiento de lo previsto en el párrafo del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el día 20 de enero el Presidente de la República, remitió a esta Corporación copia del Decreto Legislativo N° 073 de 2010, “por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del situado fiscal y del sistema general de participaciones -Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, y se dictan otras disposiciones,” expedido el 18 de enero del mismo año, para efectos de su revisión constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 241 numeral 7° de la Carta Fundamental.

Avocado el conocimiento por la Magistrada Sustanciadora, ésta ordenó mediante auto de 26 de enero de 2010 oficiar al Secretario General del Departamento Administrativo de la Presidencia para que dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esa providencia, remitiera los sustentos probatorios y demás elementos que justificaron la expedición del Decreto 073 de 2010, así como las razones por las cuales consideraba que tales disposiciones eran constitucionales “a la luz de los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, no discriminación y demás requisitos que señalan los artículos 2, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 46 y 47 de la Ley Estatutaria de Estados Excepción (Ley 137 de 1994)”.

En el mismo auto también se ofició a los Ministros de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, al Departamento Nacional de Planeación, Superintendencia de Salud, a la Superintendencia Financiera, a la Federación Nacional de Departamentos, a la Federación Colombiana de Municipios para que en el término de tres (3) días sustentaran su posición respecto de la compatibilidad del decreto legislativo con la Constitución y la Ley 137 de 1994.

Recibida y analizada esta información se consideró necesario solicitar pruebas adicionales. En consecuencia, se expidió el auto de 17 de marzo de 2010 mediante el cual se solicitó al Ministerio de la Protección Social información específica relacionada con las medidas adoptadas mediante el Decreto 073 de 2010, con base en los siguientes interrogantes:

“a. ¿Cuáles son los criterios técnicos y temporales tenidos en cuenta para determinar que se está ante verdaderos excedentes de los aportes patronales para salud, pensiones, riesgos profesionales y cesantías de los funcionarios de las IPS cuyos aportes patronales provienen del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones?

b. ¿Cómo se diferencian los excedentes a los que hace referencia el Decreto 073 de 2010 de aquellos que se presenten por retardos, deficiencias de los sistemas de información u otras situaciones administrativas que impidan su integración oportuna al flujo de recursos del sistema?

c. ¿Qué sucede con los aportes patronales para salud, pensiones, riesgos profesionales y cesantías de los funcionarios de las IPS que no se hayan integrado al sistema por retardos, deficiencias de los sistemas de información u otras situaciones administrativas que impidan su integración oportuna al flujo de recursos del sistema, que hayan sido incluidos como excedentes para efectos del Decreto 073 de 2010? y

d) ¿Cuál es el monto de recursos recibidos en cumplimiento de lo señalado en el decreto bajo revisión?

Por último, se ordenó que una vez vencido el término anterior el proceso fuese fijado en lista de la Secretaría General por el término de cinco (5) días, con el fin de permitir a los ciudadanos defender o impugnar el Decreto referido en los términos del artículo 35 del Decreto 2067 de 1991.

Vencido el período probatorio respectivo, se ordenó dar traslado del expediente al Procurador General de la Nación, quien emitió el concepto de rigor dentro del término legal correspondiente.

Agotados los trámites respectivos, procede la Corte a examinar la constitucionalidad del decreto sometido a su revisión.

I. TEXTO DEL DECRETO

El siguiente es el texto del Decreto No. 073 del 2010, tal como aparece publicado en el Diario Oficial N° 47.596.

“Decreto 073 de 2010

(18 de enero)

Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones - Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia

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

Considerando:

Que, en el Régimen Subsidiado, se evidencia el incremento en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud - POS, tal y como lo han reportado los departamentos al Gobierno Nacional, al señalar un incremento significativo del valor estimado del déficit por servicios no incluidos en el POS.

Que los departamentos, los distritos, las Empresas Promotoras de Salud – EPS y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS, a través de diferentes manifestaciones, han informado al Gobierno Nacional sobre las dificultades derivadas de tal situación, la existencia de déficit de recursos y el incremento de la cartera, todo lo cual se ha generado como consecuencia del crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud.

Que dichas circunstancias afectan de manera directa la prestación del servicio de salud de los colombianos y en particular de la población más pobre y vulnerable, por lo que se hace necesaria la adopción de medidas extraordinarias para obtener fuentes adicionales que generen liquidez y permitan el saneamiento de las deudas de manera urgente y prioritaria, garantizando la continuidad y la prestación de los servicios de salud a la población pobre no asegurada y los servicios no incluidos en el POS del régimen subsidiado.

Que existen excedentes de recursos originados en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, destinados a cubrir los aportes patronales de los funcionarios de las IPS públicas, los cuales se han financiado con recursos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para salud destinados a Aportes Patronales.

Que en aplicación de los criterios de definición de estos aportes patronales, se han venido generando excedentes que no se han integrado al flujo de recursos del Sistema, por lo cual reposan en administradoras o aseguradoras de los diferentes subsistemas de la seguridad social, de cesantías, en el Fondo Nacional del Ahorro – FNA o en el Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga.

Que en medio de la crisis actual, resulta necesario generar mecanismos legales que permitan integrar tales excedentes al sector salud, cuando éstos no correspondan a obligaciones, derechos o prestaciones laborales de los servidores públicos del sector exigibles con cargo a dichos recursos, con el fin de permitir que, con la incorporación de los mismos, las entidades territoriales puedan asumir las obligaciones por concepto de atención a la población pobre no asegurada y por los servicios no incluidos en el POS-S.

Con fundamento en lo anterior, el presente decreto adopta las siguientes medidas excepcionales en materia de excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones – Aportes Patronales y su armonización con lo previsto en el Decreto 4976 de

2009:

Decreta:

Artículo 1º.- Depuración de Aportes Patronales. Las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a Compensar o el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, según corresponda, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las entidades administradoras de pensiones tanto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como las de ahorro individual con solidaridad, y las administradoras de cesantías, incluido el Fondo Nacional del Ahorro, que hubieren recibido o que tengan en su poder recursos por concepto de aportes patronales del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para salud, contarán con quince (15) días hábiles posteriores a la expedición del presente decreto para determinar e informar al empleador, a la Superintendencia Financiera de Colombia, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social, el valor de los saldos excedentes de aportes patronales acumulados a junio 30 de 2009 y sus rendimientos financieros.

Dichos saldos serán girados a más tardar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al plazo previsto en el inciso anterior al patrimonio autónomo que, para el efecto, constituirá el Ministerio de la Protección Social en nombre de las entidades territoriales, con destinación específica para la financiación de las obligaciones pendientes de pago generadas por la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. Las entidades administradoras o aseguradoras definidas en el inciso anterior, realizarán los giros de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

Una vez determinados y girados estos recursos, las entidades citadas en el inciso primero del presente artículo remitirán, para lo de su competencia, a la entidad empleadora, al Ministerio de la Protección Social, a las entidades territoriales correspondientes y a las Superintendencias Nacional de Salud y Financiera de Colombia, la información sobre los giros efectuados, certificando el valor de los excedentes y sus rendimientos financieros según lo que defina dicho reglamento.

En el evento en que las entidades a las que se refiere el inciso primero del presente artículo no cumplan con estas obligaciones en el plazo establecido para su cumplimiento, en adición

al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley para las obligaciones de la seguridad social, la Superintendencia Nacional de Salud y la Superintendencia Financiera de Colombia procederán a aplicar las sanciones correspondientes e informarán de las mismas y de los hechos en los que se fundamentan a las autoridades respectivas.

Parágrafo Primero: Para los efectos del presente decreto, se entiende por saldos excedentes de aportes patronales aquellos montos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para Salud, asignados a las entidades territoriales y sus entes descentralizados para el pago de aportes patronales de los empleados del sector salud, incluidos sus rendimientos financieros, que habiendo sido recibidos como pago de la parte correspondiente al aporte del empleador para los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y cesantías, nunca fueron aplicados a empleado alguno, porque no existió tal empleado, porque éste se retiró de la entidad o de la administradora o aseguradora, porque el ingreso base de cotización del empleado era inferior al presupuestado y al considerado en la liquidación, porque se redujeron los costos laborales con disminución de los requerimientos de recursos para los aportes patronales, porque se desconoce la entidad por cuenta de la cual se recibieron los recursos, entre otros eventos similares, que generan exceso de recursos en poder de las aseguradoras o administradoras, sin obligaciones que correspondan a derechos o prestaciones laborales exigibles con cargo a estos recursos que deban atenderse a favor de servidores públicos del sector salud, sin que estos eventos afecten las condiciones de distribución de los saldos excedentes de aportes patronales, para lo cual se aplicará lo establecido en el artículo 5° del presente decreto.

Parágrafo Segundo: Se presume la renuncia, en lo correspondiente, a los recursos de que trata el presente decreto, respecto de las obligaciones no incluidas en la relación de las mismas que deben enviar las entidades territoriales al Ministerio de la Protección Social, así como el hecho de que no se encuentren registrados en los estados financieros, subsistiendo entonces la obligación en cabeza de la entidad territorial frente a los prestadores de que se trate, frente a los recursos de que trata el presente decreto.

Así mismo, se presumirá la renuncia a la acreencia en cabeza de la institución prestadora de servicios por la ausencia de registro de las acreencias en sus estados financieros, por los recursos de que trata el presente decreto.

En todo caso, el giro de los recursos de que trata este artículo, no exime a las entidades empleadoras del pago de la totalidad de aportes que presenten mora en el Sistema de Seguridad Social Integral y en cesantías y a las administradoras o aseguradoras en lo que les corresponda, ni podrá entenderse que afectan de manera alguna, las distribuciones del Sistema General de Participaciones realizadas en vigencias anteriores.

Parágrafo Tercero: Aquellas entidades que reciban los recursos a los que se refiere el presente decreto que perciban aportes de manera mensual pero cuya información detallada sólo se conozca anualmente, podrán realizar dos cortes, uno a diciembre 31 de 2008 y un segundo al 30 de marzo de 2010 que incluya todos los recursos de 2009.

Artículo 2°.- Depuración Automática de Saldos Excedentes Futuros. A partir de la vigencia del presente decreto, las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a Compensar o el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, según corresponda, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las entidades administradoras de pensiones tanto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como las de Ahorro Individual con Solidaridad, y las administradoras de cesantías, incluido el Fondo Nacional del Ahorro, deberán realizar un proceso de depuración de aportes patronales con corte a 31 de octubre de cada año, dentro de los siguientes quince (15) días hábiles a dicho corte, para definir los saldos excedentes y proceder a su giro al encargo fiduciario de que trata el presente decreto, manteniendo su destinación para el cubrimiento de las prestaciones a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, a través del patrimonio autónomo al que se refiere el artículo primero y previa la aplicación del saneamiento de aportes patronales para cesantías, pensiones, salud y riesgos profesionales que se hayan causado, de la manera como lo señala el literal a) del parágrafo del artículo 58 de la Ley 715 de 2001.

Para este efecto, las administradoras o aseguradoras liquidarán el valor que tiene causa en las afiliaciones y pagos periódicos recibidos, así como en novedades de ingreso, traslado o retiro, remitirán dicha liquidación al empleador, quien contará con un plazo improrrogable de quince (15) días hábiles siguientes a la recepción de dicha información, para aceptar o modificar la misma. De aceptarse las razones de la modificación, se ajustará el giro a dichos valores.

La ausencia de respuesta en este plazo implica ajustar con base en la información suministrada por la administradora o aseguradora, para el periodo siguiente, la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones para salud en el componente de prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que se destinará a aportes patronales.

Con base en la información definitiva obtenida de las administradoras o aseguradoras, el Ministerio de la Protección Social certificará al Departamento Nacional de Planeación el valor ajustado de los aportes patronales de conformidad con la regulación vigente para la vigencia correspondiente.

En el patrimonio autónomo habrá una cuenta global transitoria y una por cada uno de los departamentos y distritos, desde las cuales se procederá al pago de las obligaciones previstas en el artículo primero del presente decreto y por lo tanto los valores registrados en dichas cuentas pertenecen a cada una de las correspondientes entidades territoriales, sin que en ningún caso la Nación sea responsable por esas obligaciones.

La transferencia de recursos que deberán efectuar los municipios, departamentos y distritos, según lo previsto en el inciso 4° del artículo 1° del Decreto 4976 de 2009, se realizará directamente por dichas entidades territoriales al patrimonio autónomo de que trata el presente decreto.

La comisión de administración de los recursos por parte del patrimonio autónomo se pagará con cargo a éstos y a sus rendimientos financieros.

Artículo 4°.- Verificación de Registros Contables Previos.- Las entidades territoriales que no hayan registrado en sus estados financieros los pagos de obligaciones generadas por concepto de atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, financiadas con otras fuentes, deberán verificarlas y de no hallarse registradas procederán a hacerlo, previa la aplicación de los recursos de que trata el presente decreto y el Decreto 4976 de 2009.

Artículo 5°.- Destinación de los Recursos. Los recursos excedentes de aportes patronales y los recursos a que se refiere el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, se destinarán en primer lugar al pago de las obligaciones registradas en los estados financieros con corte a 30 de

junio de 2009, originadas en las deudas de las entidades departamentales y distritales con las instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS, por concepto de atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado prestadas a partir del 1° de enero de 2006, y con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado por concepto de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Los recursos que sean girados por las entidades administradoras o aseguradoras al patrimonio autónomo serán registrados en las cuentas de los departamentos o distritos cuando el aporte patronal asignado haya sido menor que la asignación que le correspondía por población a cargo, de acuerdo con lo previsto en la normatividad vigente al momento de la distribución, cuando aplique. En el caso de los recursos de los municipios certificados que cumplan la condición mencionada serán girados a la cuenta del departamento respectivo.

Cuando el valor del aporte patronal asignado haya sido mayor que el valor que le correspondía a la entidad territorial por población a cargo de acuerdo con lo previsto en la normatividad vigente al momento de la distribución, cuando aplique, para determinar la proporción de recursos que será registrada en las cuentas de los departamentos o distritos, el reglamento determinará una metodología que contemplará como máximo 5 rangos para asignar una fracción de los recursos excedentes en la cuenta del departamento o distrito donde se generó el aporte, y el saldo será registrado en la cuenta global para su posterior distribución.

El saldo resultado de la distribución prevista en el inciso anterior, más los recursos en los cuales se desconoce la entidad por cuenta de la cual se recibieron, serán distribuidos por el Conpes Social entre departamentos y distritos. Para el efecto, corresponderá a cada entidad territorial el monto que resulte de aplicar al total de los recursos a distribuir, la participación de la población afiliada al régimen subsidiado en cada entidad territorial en el total nacional, ajustada por un factor que pondera el monto de las deudas no financiadas a que hace referencia el inciso primero del presente artículo.

El factor que pondera las deudas no financiadas se calculará teniendo en cuenta las deudas depuradas, conciliadas, validadas y auditadas por la entidad territorial y revisadas por el Ministerio de la Protección Social, frente al total de las deudas bajo la misma condición de

todas las entidades territoriales. El Ministerio de la Protección Social certificará al Departamento Nacional de Planeación la información requerida para la distribución aquí definida.

En segundo lugar, en caso que se presenten recursos excedentes del patrimonio autónomo en las cuentas de las respectivas entidades territoriales, estos se utilizarán según lo previsto en el artículo 8° del presente decreto.

Artículo 6°.- Procedimiento de Presentación y Liquidación de Cuentas y Pago de las Obligaciones. Para efectos de los pagos realizados con los recursos excedentes de aportes patronales y con los recursos a que se refiere el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, las entidades territoriales reportarán al Ministerio de la Protección Social a más tardar el 26 de febrero de 2010, una relación de las acreencias que se pretendan pagar con estos recursos a las instituciones prestadoras de servicios de salud y entidades promotoras de salud del régimen subsidiado que contenga, como mínimo, el concepto, el valor, el período en que se causaron y la identificación de dichas instituciones y entidades, de acuerdo con las instrucciones que expida el Ministerio de la Protección Social.

Simultáneamente, las entidades territoriales adelantarán la auditoría a las cuentas o acreencias que se pagarán con los recursos excedentes de aportes patronales y con los recursos a que se refiere el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, y las liquidarán a las tarifas definidas de acuerdo con la metodología que adopte el Ministerio de la Protección Social.

En el evento en que la entidad territorial no cuente con un convenio o acuerdo para la realización de la auditoría, lo celebrará a más tardar dentro del mes siguiente al inicio de la vigencia del presente decreto, con universidades públicas. El costo de esta auditoría podrá cofinanciarse con recursos de los rendimientos financieros generados con los excedentes de aportes patronales; en los casos en los cuales la entidad territorial ya contare con un convenio para la realización de la auditoría, podrá continuar, adicionar o prorrogar el mismo. Las firmas auditoras o las universidades públicas deberán contar con la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud.

El patrimonio autónomo girará directamente los recursos a los acreedores de las entidades territoriales de que trata el presente decreto.

Artículo 7°.- Criterios de Utilización de los Recursos. Los saldos excedentes de aportes patronales financiados con recursos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones determinados de conformidad con el artículo primero del presente decreto, así como aquellos derivados de saldos de liquidación o excedentes de que trata el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, se utilizarán para el pago de obligaciones originadas en la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, priorizando las IPS públicas o privadas acreditadas, teniendo en cuenta el siguiente orden de prelación:

a) A las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado - EPS-S que hayan cubierto servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de salud del régimen subsidiado de salud, que demuestren el cumplimiento de los procedimientos definidos para el efecto. Estas entidades podrán acudir a mecanismos de pago tales como la subrogación o cesión de créditos.

b) A las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS públicas o privadas que hacen parte o no de la red de prestación de servicios definida por la entidad territorial que operan por fuera de la jurisdicción de la entidad territorial.

c) A las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS públicas o privadas que hacen parte o no de la red de prestación de servicios definida por la entidad territorial que operan dentro de la jurisdicción de la entidad territorial

d) A los operadores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Públicas que sean objeto de procesos de intervención o liquidación.

Artículo 8°.- Utilización de los Recursos Excedentes del Patrimonio Autónomo. Una vez cancelada la totalidad de las obligaciones correspondientes a cada entidad territorial, según lo previsto en el artículo anterior, los recursos remanentes en las respectivas cuentas serán destinados al pago de las nuevas obligaciones que hayan contraído los departamentos o distritos a partir del 1° de julio de 2009, derivadas de la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y a los eventos no incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, aplicando el mismo procedimiento y criterios de utilización descritos en el presente decreto hasta que se agoten los recursos de la correspondiente cuenta. Para estos efectos, el Ministerio de la Protección Social determinará la información que deberán acreditar las entidades territoriales, donde se evidencie la exigibilidad de tales obligaciones.

Artículo 9°.- Presupuestación de Recursos. Los recursos recibidos por las entidades territoriales en virtud de lo dispuesto en el presente decreto y en el Capítulo I del Decreto 4976 de 2009, deberán ser adicionados en sus respectivos presupuestos para efectos de su destinación para la financiación de las prestaciones a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Artículo 10°.- Efectos del Pago. Los pagos efectuados a las instituciones prestadoras de servicios de salud y a las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado por las entidades territoriales de conformidad con los artículos anteriores, implican que las obligaciones con ellos cubiertas quedan canceladas en su totalidad, por lo cual las entidades involucradas en tales obligaciones en calidad de deudoras y de acreedoras deberán renunciar a cualquier reclamación posterior por los mismos hechos e incorporados en la misma factura.

Como consecuencia de lo anterior, una vez efectuado el giro, deberán ajustarse los estados financieros en lo correspondiente, cancelando las obligaciones y las acreencias correspondientes.

Artículo 11°.- Vigencia y Derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el inciso 4° del artículo 1° de Decreto 4976 de 2009 y deroga el artículo 7° del Decreto 4976 de 2009”.

Publíquese y Cúmplase.

I. INTERVENCIONES Y PRUEBAS RECIBIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y del Ministerio de la Protección Social

La Presidencia de la República y el Ministerio de la Protección Social realizaron su

intervención de manera conjunta y solicitaron declarar exequible el Decreto Legislativo 073 de 2010. En primer lugar expresaron que esta norma cumple con los requisitos de forma, pues el documento tiene la firma del Presidente de la República y de todos los ministros y fue expedido dentro del término de treinta días establecido en el Decreto Legislativo Número 4975 de 2009.

En cuanto a lo sustancial, su intervención se refiere a cuatro aspectos: (i) relación directa y específica con el Estado de Emergencia, (ii) insuficiencia de la legislación ordinaria, (iii) forma de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos y (iv) cumplimiento de requisitos de la Ley 137 de 1994, estatutaria de estados de excepción.

En el primer aspecto, señalan que la medida tiene conexidad directa y específica con las causas de la declaratoria del estado de emergencia social, a saber: el crecimiento abrupto de las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y el desbordado crecimiento de su valor, la evidencia de la amenaza a la sostenibilidad del Sistema, la alta iliquidez de las entidades del mismo sistema, el déficit de los departamentos y los distritos por las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. Ante tal situación, el decreto establece medidas necesarias para generar fuentes de liquidez que permitan el saneamiento de las deudas de manera urgente y prioritaria y la sostenibilidad del sistema.

En cuanto al segundo y tercer aspectos, la Presidencia de la República y el Ministerio de la Protección Social consideran que las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 no son suficientes para lograr la recuperación de los excedentes de los aportes patronales al sistema de seguridad social ni su traslado a un patrimonio autónomo que asegure el flujo adecuado de recursos para garantizar la prestación del servicio de salud. Por este motivo el Decreto Legislativo busca la transferencia de estos dineros y la constitución de un patrimonio dentro del Ministerio de la Protección Social. De esta forma, se afirma que la conveniencia de este Decreto se fundamenta en ser un mecanismo para la recolección de recursos improductivos que se encuentran en poder de algunas administradoras de pensiones y reorientarlos para la prestación del servicio de salud.

Con relación al cumplimiento de requisitos de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción, sostienen que el Decreto Legislativo 073 de 2010 se ajusta plenamente a los criterios de la misma y a la Constitución Política al indicar que es proporcional a la gravedad

de las circunstancias que exigieron la declaratoria del estado de emergencia. De esta forma justifican que los excedentes patronales que las entidades empleadoras beneficiarias del Sistema General de Participaciones-Aportes Patronales, deben retornar a su destinación original que fue el pago de la prestación de servicios a la población pobre y vulnerable no cubierto con subsidios a la demanda y para las prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen subsidiado.

El Ministerio de la Protección Social envió una nueva intervención el día 14 de abril de 2010, en la cual reitera que el Decreto 073 de 2010 cumple a cabalidad los principios de necesidad, finalidad, proporcionalidad y limitación de los derechos humanos.

1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público²

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicita declarar exequible el Decreto Legislativo 073 de 2010. El Ministerio afirma que existe compatibilidad entre el Decreto 073 de 2010, la Constitución Política y la ley 137 de 1994 debido a que el Decreto cumple con los principios y presupuestos de finalidad, proporcionalidad y necesidad.

Al respecto indica que el Gobierno Nacional emprendió una revisión de las fuentes de recursos disponibles para ofrecer una solución a los graves problemas financieros que amenazan al Sistema General de Seguridad Social en Salud teniendo en cuenta que al hacer parte de las cuentas fiscales del sector público consolidado no financiero, éstos afectan el equilibrio macroeconómico y el balance global del sector público.

Según el Ministerio, detectada la iliquidez del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se advirtió que no se había dado cumplimiento a la Ley 715 de 2001 en dos aspectos: el saneamiento de los aportes patronales de los servidores públicos del sector salud financiados con recursos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones y la determinación de saldos excedentes (identificación de sumas de dinero sobrantes) y su uso en el sistema de atención en salud. El Ministerio afirma que estos dineros no han ingresado al flujo de los recursos del sistema, y no se han aplicado a la financiación de los servicios no incluidos en el POS del Régimen Subsidiado y a la población pobre no asegurada. Según el Ministerio de la Protección Social estos dineros se han calculado en una cifra que podría superar los 500.000

millones de pesos.

Para el Ministerio esta situación justifica la adopción de medidas extraordinarias que posibiliten la incorporación de estos activos al flujo de recursos del Sistema, superando la imposibilidad legal de disponer de esos excedentes de manera inmediata al encontrarse depositados en las administradoras o aseguradoras de los diferentes subsistemas de la seguridad social y en entidades administradoras de cesantías.

En concepto del Ministerio de Hacienda, el Decreto 073 de 2010 es un mecanismo efectivo para que el Gobierno Nacional mantenga un control estricto del recaudo y aplicación de dichos recursos sin afectar la titularidad de los mismos, ni su finalidad legal definida previamente en la Ley 715 de 2001, ni los derechos de los servidores públicos beneficiarios de dichos aportes. Adicionalmente, en opinión del Ministerio, tales recursos proveen liquidez a las entidades territoriales para el pago de la cartera vencida y de las obligaciones que se vienen causando por la atención en salud de la población pobre no asegurada y por los servicios no incluidos en el POS del Régimen Subsidiado, y que en virtud del decreto estudiado, estarán ahora a cargo del Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud -FONPRES.

En cuanto a su compatibilidad con el Decreto 073 de 2010 con la Ley 137 de 1994, el Ministerio indica que teniendo en cuenta las omisiones presentadas en el cumplimiento de la Ley 715 de 2001, en cuanto al reporte y saneamiento de los saldos patronales, las medidas incluidas por el Decreto objeto de estudio son necesarias y proporcionales al fin buscado que es dotar de liquidez al Sistema de Seguridad Social.

Así mismo, según el Ministerio de Hacienda, la creación de un patrimonio autónomo para el recaudo y giro de los saldos excedentes de aportes patronales también cumple con los principios de necesidad y proporcionalidad al ser un instrumento para recaudar los saldos sin beneficiario identificado y reincorporarlos al flujo del Sistema General de Seguridad Social en salud al actuar como una fiducia que recauda y paga en nombre de las entidades territoriales.

1. Intervención del Departamento Nacional de Planeación³

El Departamento Nacional de Planeación intervino en el proceso de la referencia para solicitar la declaratoria de exequibilidad del decreto analizado, dada la conexidad existente entre la declaratoria de emergencia y la presente norma y el respeto de los principios de finalidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad.

El Departamento afirma que la conexidad del decreto analizado con la declaratoria de emergencia radica en que éste se dirige a conjurar los efectos de la misma al pretender proveer de nuevos recursos al Sistema de Seguridad Social en Salud. Es decir combate la iliquidez del sistema con la búsqueda de recursos.

En cuanto al principio de finalidad, el interviniente afirma que las medidas del decreto están destinadas a dismantelar las causas que amenazan desencadenar la crisis del Sistema de Seguridad Social. En cuanto al principio de necesidad, sostiene que los mandatos del decreto son imperiosos para obtener los excedentes de los aportes patronales y financiar las obligaciones pendientes del Sistema, estableciendo mecanismos de pago, destinación de recursos y criterios para su utilización. En cuanto al principio de proporcionalidad, señala que el decreto no afecta derecho alguno, ya que se trata de recuperar recursos inutilizados, es decir aportes sin titular conocido, que no corresponden con acreencias o derechos de los trabajadores de salud. Y por último en cuanto a la motivación de incompatibilidad, sostiene que el decreto no suspende otras normatividades.

1. Intervención de la Superintendencia de Salud⁴

La Superintendencia de Salud solicita la declaratoria de exequibilidad del Decreto 073 de 2010 por el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo exigidos para este tipo de decretos. En cuanto a la forma considera que se respetaron las exigencias constitucionales y estatutarias al haber sido dictado en ejercicio de las facultades conferidas al Presidente de la República, al ser firmado por el Presidente y todos sus ministros y expedido dentro del término autorizado por el artículo 215 de la Constitución Nacional.

En cuanto al fondo, la Superintendencia afirma que el Decreto 073 de 2010 guarda una relación de conexidad con las consideraciones que sustentaron la declaratoria del estado de excepción, así como a los presupuestos fijados por el Decreto 4975 de 2009, al propender

por la correcta y eficiente prestación de los servicios de salud y establecer mecanismos idóneos para la consecución de recursos adicionales tendientes a conjurar la grave situación financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Estos mecanismos idóneos consisten en recuperar dos tipos de recursos: 1) Los excedentes de aportes patronales, entendidos como aquellos montos del situado Fiscal y el Sistema General de Participaciones por Salud asignados a las Entidades Territoriales para el pago de aportes patronales de empleados del sector salud, que no fueron destinados a empleado alguno, así como sus rendimientos financieros y que se encuentran depositados en las entidades aseguradoras y administradoras de pensiones y cesantías; y 2) los derivados de la liquidación de los contratos del régimen subsidiado.

Con la información presentada por las entidades involucradas (Entidades Territoriales, EPS, IPS, Administradoras, etc.) el Ministerio podrá separar los dineros excedentes dirigidos al pago de derechos y prestaciones laborales de los que deben depositarse, en virtud del Decreto, en el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud -FONPRES-.

Para el uso de estos recursos “las entidades territoriales deben informar al Ministerio de la Protección Social el total de las obligaciones no financiadas o que adeuda, adquiridas entre el 1 de enero de 2006 y el 30 de junio de 2009, y que pretenda cubrir con los recursos del patrimonio autónomo, información que debe ser enviada a más tardar el 26 de febrero de 2010, previa verificación de registros contables, que consiste en asegurar que las acreencias estén debidamente registradas en los estados financieros. Una vez el Ministerio haya revisado el reporte, procederá a la certificación de la misma ante el Departamento Nacional de Planeación, para la distribución de los dineros”. Si no se hace el reporte anunciado se presume la renuncia a los recursos excedentes.

Según la Superintendencia el decreto destina los recursos recuperados y consignados al Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud -FONPRES-5 (i) a las IPS, por concepto de atención de servicios prestados a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el POS-S y (ii) a las EPS, por concepto de atención de servicios no cubiertos por el POS-S a las personas afiliadas al régimen subsidiado.

1. Intervención de la Superintendencia Financiera⁶

La Superintendencia Financiera intervino para solicitar la declaración de exequibilidad del Decreto 073 de 2010 reiterando los argumentos expuestos por Presidencia de la República, Ministerio de la Protección Social, Ministerio de Hacienda, Departamento Nacional de Planeación y Superintendencia de Salud. Afirma que el contenido del Decreto analizado tiene relación directa con la declaración del estado de emergencia al ser su finalidad conjurar la crisis y evitar que se produzca un problema crónico e inmanejable que someta a las personas de bajos recursos a quedar desprotegidas de la atención médica. Adicionalmente, sostiene que las medidas consideradas en este decreto se adecuan a los principios de racionalidad, proporcionalidad y necesidad.

1. Intervención de la Federación Nacional de Departamentos⁷

La Federación Nacional de Departamentos, mediante oficio de fecha 2 de febrero de 2010, informó a esta Corte que no contaba con los antecedentes necesarios para defender la constitucionalidad del Decreto 073 de 2010. Por lo tanto la intervención de esta federación se limitó a la afirmación transcrita.

1. Intervención de la Federación Colombiana de Municipios⁸

La Federación solicita se declare la inexequibilidad del Decreto 073 de 2010 y fundamenta su posición en los siguientes argumentos.

Sostiene que el déficit corriente en salud que afrontan los departamentos y distritos, no es un problema causado a partir de marzo de 2009 por el crecimiento abrupto de la demanda de servicios NO POS como se argumenta en el considerando 15 del Decreto 4975 de 2009 y que recoge el considerando 3 del Decreto 073 de 2010. Afirma que la causa de esa problemática el resultado de la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud que tenía como presupuesto que el número de afiliados al régimen contributivo que podría financiar al régimen subsidiado sería superior a lo que ha ocurrido en la realidad debido a las condiciones de la economía y específicamente del empleo no formal. Agrega que en todo caso, el

gobierno no cumplió con la carga probatoria que le corresponde al no presentar la situación crítica de manera integral y completa, pues no hizo público el resultado fiscal de las entidades del sector del nivel nacional, ni presento el resultado y la participación en la problemática del FOSYGA.

Resalta que estos problemas han sido constantes en el cierre fiscal de los prestadores de los servicios de salud públicos y privados y en general en los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud como las entidades territoriales y las EPS, en los años, 2009, 2008, 2007, 2006, 2005 y precedentes. Señala que hasta ahora lo único novedoso es que el Gobierno prevea que esta situación tendrá alcance de una calamidad pública.

Sostiene que las medidas del Decreto 073 de 2010 no tienen la capacidad de conjurar las causas de la perturbación ni impedir la extensión de sus efectos, pues no hay una relación de finalidad entre la constitución de un patrimonio autónomo y la solución del déficit de la salud en las entidades territoriales, o con el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el POS, pues ni siquiera es necesaria la constitución de dicho negocio fiduciario, como quiera que es el Fosyga el fondo destinado a este propósito.

Señala que tampoco hay relación de proporcionalidad entre las exigencias que surgen del decreto para que los municipios liberen unos saldos que amparan obligaciones de aportes patronales -y sobre los que existen graves deficiencias de información - y las que los obliga a renunciar a dichos recursos sin poder hacer lo mismo con respecto a la obligación pensional que deben ser cubiertas con tales recursos. Por lo que considera que las medidas son desproporcionadas, insuficientes y atentan contra las finanzas municipales de manera generalizada.

1. Intervención del Hospital Universitario la Samaritana⁹

El Hospital Universitario la Samaritana solicita declarar inexecutable el Decreto 073 de 2010 en aras de proteger los derechos constitucionales a la salud, el trabajo, la dignidad humana, la vida e integridad de las personas, al considerar que esta disposición los viola en cuanto que los recursos económicos que aspira el Ejecutivo a recaudar cuentan con una destinación

específica y ya han sido distribuidos y ejecutados por parte de los entes territoriales y de las instituciones prestadoras de servicio.

El Hospital señala que la finalidad del decreto, que es utilizar los excedentes patronales para dotar de liquidez al sistema y cubrir los servicios no incluidos en el POS y la atención a población no vinculada al sistema, es una tarea que se ha venido cumpliendo con antelación a la expedición del decreto, ya que los entes territoriales utilizaron estos recursos para la financiación de la prestación del servicio de salud a la población no vinculada y eventos NO POS, dándoles a instituciones como el Hospital de la Samaritana, una contraprestación de los servicios de salud para la población vinculada y para los eventos NO POS a cargo de la Secretaría de Salud de Cundinamarca como ente territorial. Para probar esta situación, el Hospital adjunta varios contratos interadministrativos de compraventa de servicios de salud suscritos con la Secretaría de Salud con este objeto. El valor de los contratos en conjunto asciende a \$34.739.248.667.

Para el Hospital no es correcto el reembolso de estos dineros debido a que éstos ya fueron considerados en las contrataciones de salud y ya fueron ejecutados bajo los antiguos preceptos legales y pasaron a ser peculio de las IPS públicas.

El Hospital de la Samaritana adicionalmente indica que el orden de prelación de entrega de los recursos a las EPS, IPS y otras instituciones, establecido en el Decreto 073, también los afecta debido a que indica que la distribución de los recursos de un determinado ente territorial puede realizarse a instituciones que no hacen parte del mismo. Para el Hospital lo conveniente sería que cada ente territorial distribuyera prioritariamente los recursos a su propia red.

1. Intervención de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado de la ciudad de Bogotá, D.C.10

Estas juntas critican la declaratoria del estado de emergencia social y solicitan una audiencia pública ante la Corte Constitucional con presencia del Presidente de la República, su gabinete y representantes de la comunidad para revisar los decretos expedidos. En consecuencia, no realiza un pronunciamiento específico sobre el Decreto 073 de 2010, sino que se pondera

negativamente la declaratoria del estado de emergencia, razón por la cual no se hará un resumen de su intervención.

1. Intervención del Hospital San Rafael¹¹

El Hospital San Rafael interviene para solicitar que se declare inexecutable el Decreto 073 de 2010 al considerar que los recursos económicos que aspira recaudar el Ejecutivo cuentan con destinación específica y ya han sido distribuidos y ejecutados por las entidades territoriales y las Instituciones Prestadoras de Salud. Sus argumentos son iguales a los expuestos por el Hospital Universitario de la Samaritana. En este caso los contratos interadministrativos celebrados con la Secretaría de Cundinamarca, mediante los cuales se les entrega una contraprestación por los servicios de salud que les presta a la población vinculada y a los eventos NO POS, ascienden a la suma de \$8.557.880.492.

Como elemento nuevo indica que si se insiste en aplicar el Decreto 073 de 2010, sustrayendo los saldos de los aportes patronales de las entidades administradoras de las mismas e interrumpiendo los proceso de saneamiento, no será claro qué recursos alternativos financiaran la retroactividad de las cesantías, bonos y cuotas parte de los empleados de las Empresas Sociales del Estado que se encuentran actualmente sin respaldo.

1. Intervención de la Universidad Nacional de Colombia¹²

La Universidad Nacional presenta una carta abierta dirigida a la Corte Constitucional sobre la declaratoria de emergencia social, sin hacer pronunciamientos específicos sobre cada uno de los decretos de desarrollo, razón por la cual no se hará un resumen de su intervención.

1. Intervención de CAUPEC

La intervención se refiere a todos los decretos de emergencia en general, y no específicamente sobre el Decreto 073 de 2010, objeto de revisión, razón por la cual no se hará un resumen de su intervención.

1. Intervención de la Secretaría de Salud de la Gobernación del Valle del Cauca¹³

La Secretaría del Valle del Cauca solicita la declaratoria de inexecutable del Decreto 073 de 2010, por considerar que el mismo constituye irrespeto a los recursos de los Hospitales Públicos dirigidos al pago del pasivo prestacional. Señala que los verdaderos excedentes patronales ya se encuentran incluidos en las finanzas de los Hospitales Públicos en aplicación del Decreto 1636 de 2006,¹⁴ y están dirigidos a la atención en salud.

1. Intervención de la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos ACESI¹⁵

Esta asociación solicita se declare inexecutable el Decreto 073 de 2010. En su intervención evidencia que el gobierno, al aplicar el citado decreto y extraer los excedentes patronales que se encuentran en manos de las entidades promotoras de salud, de las entidades administradoras de pensiones y cesantías de los funcionarios vinculados antes del 1 de 1994¹⁶ y de las administradoras de riesgos profesionales, está sustrayendo recursos correspondientes a la cofinanciación del pasivo prestacional, concretamente lo calculado y girados para las cesantías. En consecuencia, señala que la medida produce la desfinanciación de una obligación que tendrá que ser asumida con los recursos propios del Hospital.

Afirma que el decreto parte de una confusión sobre la disponibilidad de tales excedentes, porque en cumplimiento de normas reglamentarias dictadas por el gobierno nacional, las entidades territoriales los han venido utilizando al pago de contraprestaciones a la red pública hospitalaria para la atención brindada a la población pobre y vulnerable. Afirma que para tal fin fueron suscritos contratos interadministrativos. En consecuencia, el manejo de estos dineros se encuentra en los estados financieros de las empresas sociales del estado y no en las entidades promotoras de salud, o las entidades administradoras de pensiones y cesantías.

En consecuencia, sostiene que la aplicación de este Decreto 073 de 2010, que busca dotar de liquidez al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través del uso de los

excedentes patronales, puede estar creando el efecto contrario al afectar financieramente a las instituciones partes del mismo, que además no era necesario porque la estrategia propuesta ya estaba siendo implementada desde antes de la existencia de esta norma.

1. Intervención del ciudadano Jorge Enrique García de Ríos¹⁷

El ciudadano solicita declarar inexecutable el decreto analizado al considerar que viola los artículos 48, 49 y 86 de la Constitución Nacional. Argumenta que su padre y él mismo han aportado al Sistema de Seguridad Social en Salud, por aproximadamente 30 años, sin obtener una atención que satisfaga sus necesidades. Adicionalmente, afirma que las disposiciones promulgadas “por los gobernantes de turno” en materia de salud son inequitativas y no se ajustan a las precarias condiciones de vida de los colombianos.

1. Intervención del ciudadano Carlos Eduardo Peña¹⁸

El ciudadano Carlos Eduardo Peña solicita a la Corte declarar inexecutables todos los decretos originados en la declaratoria de emergencia social, dentro de los que se encuentra incluido el Decreto 073 de 2010, debido a que violan los derechos a la salud, vida con igualdad, equidad, dignidad, derecho al trabajo, vida digna con una mejor calidad de vida. El ciudadano considera que estos decretos son utilizados por el gobierno para favorecer a las EPS y a los grandes empresarios que ven la salud como un negocio y no como un servicio público. Señala que estos cambios afectan a la población más vulnerable que tiene como única alternativa recurrir a la tutela como mecanismo para acceder a los servicios de salud.

1. Intervención de la ciudadana Rocío Giraldo Pinilla¹⁹

Esta ciudadana expresa que los decretos fruto de la declaratoria del estado de emergencia social son “decretos de la muerte” que no garantizan una mejoría en la atención en salud y en consecuencia solicita declarar inexecutables la totalidad del conjunto de decretos.

1. Intervención de miembros de la comunidad de Bosconia -Cesar.20

Varios miembros de esta comunidad presentaron un escrito a esta Corte expresando su desacuerdo con los decretos expedidos a causa de la declaratoria de emergencia económica por considerarlos violatorios de los derechos a la vida, a la dignidad humana y salud y no útiles para lograr una mejora del sistema de atención en salud, el cual es actualmente de difícil acceso y poco efectivo para esta comunidad víctima de la violencia.

1. Intervención del ciudadano Oscar David Miranda Urrego, Leslie Johana Noguera Carvajal y Sebastián Miranda Castro²¹

Se dirige a indicar la inconstitucionalidad de todos los Decretos emitidos en el marco de la emergencia económica y no hace un pronunciamiento especial sobre el Decreto 073 de 2010. Para este ciudadano estos Decretos deben ser declarados inexecutable porque representan un retroceso y desmejoramientos al bienestar y necesidades básicas de los ciudadanos siendo así totalmente contrarios a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho. También indica que por medio de decretos de iniciativa del gobierno se está reestructurando el sistema de salud de manera permanente, cuando esta reforma debería ser temporal y surgir del Congreso.

1. Intervención de Diego Javier Rodríguez Benítez, José Luis Estrada Arenas e Iván Montenegro.

Por medio de esta intervención los ciudadanos solicitan se declare la inconstitucionalidad del Decreto 073 de 2010, por considerar que es contrario a la Constitución que los recursos de pensiones y cesantías de los trabajadores del sector salud puedan ser sustraídos para una finalidad distinta a su destino: el pago de servicios NO POS y atención a población vulnerable. Sostienen además que por esta vía se está imponiendo a las administradoras de pensiones y cesantías, ISS y al Fondo Nacional del Ahorro una obligación imposible que consiste en determinar en un plazo de 15 días que recursos corresponden a excedentes patronales y cuáles pertenecen a acreencias laborales.

Según los ciudadanos este decreto viola el derecho a la seguridad social (artículo 48), el principio de confianza legítima fundamentado en el principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución, el derecho a la propiedad privada, en cuanto a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida y desconoce la prohibición constitucional según la cual los decretos legislativos en estados de excepción no pueden desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

I. PRUEBAS

Mediante auto de fecha 17 de marzo de 2010 la Corte expresó que del estudio de las intervenciones recibidas era necesario recopilar más información, en consecuencia ofició al Ministerio de la Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Pública solicitando responder cuatro preguntas específicas. Las preguntas y respuestas dadas por los dos Ministerios se presentan a continuación:

a. ¿Cuáles son los criterios técnicos y temporales tenidos en cuenta para determinar que se está ante verdaderos excedentes de los aportes patronales para salud, pensiones, riesgos profesionales y cesantías de los funcionarios de las IPS cuyos aportes patronales provienen del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones?

El Ministerio de la Protección Social expresó lo siguiente:

“Ante esta pregunta el Ministerio de la Protección Social indica: “Dado lo anterior, y en consideración a los contenidos del Decreto Legislativo 073 de 2010 que define claramente el concepto de “excedentes” no parece posible que una administradora pudiera equivocarse en la definición de que recursos debería girar al patrimonio autónomo y cuáles no. Ello, por cuanto es la obligación profesional de la administradora, saber con exactitud a qué corresponde o podrían corresponder los recursos recibidos por este concepto, más aún cuando es imposible confundirlos con otras cotizaciones dada la forma en que son originados por el Ministerio de la Protección Social.”

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no responde esta pregunta. Solamente indica que

para determinar la existencia de los saldos excedentes de aportes patronales empleó la información facilitada por el Ministerio de la Protección Social en lo referente a aportes patronales y la información entregada por la Superintendencia Financiera.

a. ¿Cómo se diferencian los excedentes a los que hace referencia el Decreto 073 de 2010 de aquellos que se presentan por retardos, deficiencias de los sistemas de información u otras situaciones administrativas que impidan su integración oportuna al flujo de los recursos del sistema?

El Ministerio de la Protección Social responde que se presume que las administradoras de los subsistemas del Sistema General de Seguridad Social no deben incurrir en esta confusión por la forma como deben realizarse las cotizaciones del Sistema General de Participaciones.

a. ¿Qué sucede con los aportes patronales para salud, pensiones, riesgos profesionales y cesantías de los funcionarios de las IPS que no se hayan integrado al sistema por retardos, deficiencias de los sistemas de información y otras situaciones administrativas que impidan su integración oportuna al flujo de recursos del sistema, que hayan sido incluidos como excedentes para efectos del Decreto 073 de 2010?

El Ministerio de la Protección Social respondió que en “el caso en que una administradora se equivocara en la definición de qué es un excedente y girara al Patrimonio Autónomo tal recurso, éste no tendría otra posibilidad que reintegrar el recurso siempre y cuando medie reclamación debidamente soportada al respecto”.

Por su parte el Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó que “de haberse girado recursos clasificados como excedentes cuando no había lugar a ellos, debería proceder su reintegro, aspecto que consideramos deberá prever el respectivo reglamento.”

a. ¿Cuál es el monto de recursos recibidos en cumplimiento de lo señalado en el Decreto bajo revisión?

Según el Ministerio de Protección Social, “con corte a 3 de marzo de 2010, se había girado al Patrimonio Autónomo la suma de \$62.346.929.345,54 y en los próximos días se espera recibir aproximadamente trescientos cinco mil millones de pesos adicionales”.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público remite al Ministerio de la Protección Social la respuesta a esta pregunta “en razón a que el patrimonio autónomo debe ser constituido por ese ministerio.”

I. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, mediante concepto N° 4955 de abril 29 de 2010 solicitó a la Corte declarar la inexecutable por consecuencia del Decreto 073 de 2010, sin diferir los efectos del mismo, dado que no contiene fuentes tributarias de financiación para la salud.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos dictados en ejercicio de las facultades derivadas del artículo 215 de la Constitución, según lo dispuesto en el artículo 241 numeral 7º de la Carta Política.

1. Inexecutable por consecuencia

Mediante sentencia C-252 de 2010,22 esta Corporación declaró la inexecutable del Decreto 4975 de 2009, mediante el cual se declaró el estado de emergencia social por un período de treinta días.

En dicho pronunciamiento, la Corte declaró la inexecutable de la declaratoria de la emergencia dado que los hechos que la justificaron no eran sobrevinientes, sino que correspondía a una situación crónica que se ha agravado en el tiempo. No obstante lo anterior, para la Corte la excepcional gravedad de la situación financiera del sistema de seguridad social en salud pone en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute del derecho fundamental a la salud para la mayoría de la población, resultaba necesario establecer un efecto diferido respecto de la declaración de inconstitucionalidad por consecuencia de algunos de los decretos legislativos.

A juicio de la Corte si bien era “imperativo declarar la inconstitucionalidad del estado de emergencia por haber sido decretado por fuera de las hipótesis claramente determinadas por el texto superior”, no podía “ignorar las graves consecuencias, socialmente injustas, y notoriamente opuestas a los valores y principios constitucionales, que se derivarían de la abrupta e inmediata pérdida de vigencia de todas las medidas expedidas en uso de las facultades de excepción, posteriormente declaradas inexecutable.”

En virtud de lo anterior, “en cumplimiento de su misión de ser un conciliador del derecho positivo con los dictados de la equidad propios de una situación concreta,” dispuso, en su considerando 5.2. y en su parte resolutive, que los efectos de la sentencia C-252 de 2010 se difirieran respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud. Como consecuencia de esta decisión, a pesar de la inexecutable por consecuencia de los decretos legislativos de desarrollo, es necesario que la Corte examine cuál es el contenido de cada decreto legislativo, para determinar si procede diferir sus efectos.

Así, en la sentencia C-253 de 2010,²³ al examinar el contenido del Decreto 127 de 2010, la Corte Constitucional destacó que el mismo introdujo modificaciones, necesariamente transitorias, a algunas disposiciones de carácter tributario, incrementando las tarifas del impuesto al consumo de la cerveza, de productos derivados del tabaco, de los juegos de suerte y azar y de algunos vinos y licores, cuyo recaudo estaba total o parcialmente destinado a la financiación de los servicios de salud. Recordando entonces la situación analizada en la sentencia C-252 de 2010, constató que no obstante la inexecutable por

consecuencia del Decreto 127 de 2010, era necesario diferir los efectos del Decreto 127 de 2010 o de lo contrario su supresión tendría un importante y significativo impacto en el adecuado funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, que pondría en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute del derecho a la salud, en especial de las personas más pobres y vulnerables, situación contraria a los mandatos superiores contenidos en los artículos 1, 4, 13, 44, 46, 47, 48, 49, y 50, que la Corte estaba en la obligación de evitar y prevenir.

Por lo anterior, la Corte estimó necesario diferir los efectos de la inconstitucionalidad del Decreto 127 de 2010 por un lapso breve pero razonable, dentro del cual el órgano legislativo pudiera, dentro del marco de sus competencias, considerar el tema de que trataba ese decreto y adoptar, a la mayor brevedad posible, las medidas que estimara necesarias para proveer al Sistema de Seguridad Social en Salud de fuentes de financiación adecuadas, estables y suficientes para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. Con este propósito, la Corte dispuso que los efectos de la inexecutable del citado decreto se produjeran a partir del 16 de diciembre de 2010. A su vez, precisó que los recursos que se lleguen a recaudar en virtud del mencionado decreto deberían estar destinados en su totalidad a la red hospitalaria pública y a garantizar el derecho a acceder a los servicios de salud de aquellas personas que se encuentran en el régimen subsidiado o tan solo vinculadas al sistema de salud.

Más adelante, mediante la Sentencia C-297 de 2010,²⁴ la Corte declaró la inexecutable por consecuencia del Decreto Legislativo 134 del 21 de enero de 2010 por el cual se modificaba el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2010, pero difirió sus efectos hasta el 16 de diciembre de 2010, porque el mencionado decreto tenía por objeto permitir la incorporación al presupuesto nacional de los recursos extraordinarios generados por las medidas tributarias cuyos efectos diferidos habían sido autorizados por las sentencias C-252 y 253 de 2010, con el fin de que las entidades destinatarias de los recursos pudieran empezar a usarlos de manera inmediata, sin acudir al trámite ordinario del Congreso de la República.

En consecuencia, la corporación procedió a diferir los efectos de la inexecutable del

Decreto Legislativo 134 de 2010 hasta el 16 de diciembre de 2010, en lo que tiene que ver con la adición relativa al establecimiento de fuentes tributarias de financiación. De igual manera y en concordancia con lo dispuesto en la Sentencia C-253 de 2010, determinó que los recursos adicionados que provinieran del establecimiento de fuentes tributarias de financiación deberían ser dirigidos en su totalidad a la red hospitalaria pública y a garantizar el derecho a acceder a los servicios de salud de aquellas personas que se encuentran en el régimen subsidiado o tan solo vinculadas al sistema de salud.

3.1. En su artículo 1 el Decreto 073 de 2010 ordenó a las entidades Promotoras de Salud y Entidades obligadas a compensar, al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, a las entidades administradoras de pensiones tanto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como las de ahorro individual con solidaridad, y a las administradoras de cesantías, incluido el Fondo Nacional del Ahorro, que hubieren recibido o tengan en su poder recursos por concepto de aportes patronales del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para salud, depurar en un plazo de 15 días contados a partir de la vigencia del Decreto 073 de 2010, el valor de los saldos excedentes de aportes patronales acumulados a junio 30 de 2009 y sus rendimientos financieros. El artículo también ordenó que una vez hubieran sido depurados tales excedentes, fueran girados al patrimonio autónomo constituido por el Ministerio de Protección Social en nombre de las entidades territoriales, con destinación específica para la financiación de las obligaciones pendientes de pago generadas por la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

El párrafo primero del artículo 1, define lo que se entiende por saldos de excedentes de aportes patronales como aquellos montos del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para Salud, que hubieren sido asignados a las entidades territoriales y sus entes descentralizados para el pago de aportes patronales de los empleados del sector salud, que habiendo sido recibidos como pago de la parte correspondiente al aporte del empleador para los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y cesantías, nunca hubieran sido aplicados a empleado alguno.

El artículo 2 del Decreto 073 de 2010 prevé la depuración automática de los excedentes de aportes patronales que deberá realizarse con corte a 31 de octubre de cada año, dentro de los siguientes quince (15) días hábiles a dicho corte. El artículo 3, señala que los recursos recaudados sean administrados a través de un patrimonio autónomo que el Ministerio de la Protección Social constituirá con la modalidad de contratación directa, con una sociedad fiduciaria pública.

Por su parte, el artículo 4, establece la obligación de las entidades territoriales que no hayan registrado en sus estados financieros los pagos de obligaciones generadas por concepto de atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, financiadas con otras fuentes, verifiquen su registro contable.

En el artículo 5 se determina que los recursos a los que hace referencia el Decreto 073 de 2010, se destinarán al pago de las obligaciones registradas en los estados financieros con corte a 30 de junio de 2009, originadas en las deudas de las entidades departamentales y distritales con las instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS, por concepto de atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado prestadas a partir del 1° de enero de 2006, y con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado por concepto de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

El artículo 6 define el procedimiento de presentación y liquidación de cuentas y pago de las obligaciones para determinar las acreencias que se pretendan pagar con los recursos de excedentes patronales a los que se refiere el Decreto 073 de 2010. Por su parte, el artículo 7 establece los criterios de aplicación de tales recursos. El artículo 8 autoriza la utilización de los recursos excedentes del patrimonio autónomo, una vez cancelada la totalidad de las obligaciones correspondientes a cada entidad territorial, al pago de las nuevas obligaciones que hayan contraído los departamentos o distritos a partir del 1° de julio de 2009.

El artículo 9 prevé que los recursos de excedentes patronales recibidos por las entidades territoriales deberán ser adicionados en sus respectivos presupuestos para efectos de su destinación para la financiación de las prestaciones a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. El artículo 10

señala que los pagos efectuados a las instituciones prestadoras de servicios de salud y a las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado por las entidades territoriales de conformidad con los artículos anteriores, implican la cancelación de la totalidad de las obligaciones cubiertas con tales recursos y por lo mismo la renuncia a cualquier reclamación posterior por los mismos hechos.

Finalmente, el artículo 11 define la vigencia del decreto, establece la modificación del inciso 4° del artículo 1° de Decreto 4976 de 2009 y deroga el artículo 7° del Decreto 4976 de 2009.

3.2. De lo anterior surge con claridad que los recursos generados por este Decreto no tienen el carácter de fuentes tributarias nuevas que se destinen al pago de las obligaciones de las entidades territoriales con las instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS, por concepto de atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado no se trata de recursos tributarios. Por lo cual respecto de estos recursos no opera la posibilidad de otorgarles los efectos diferidos autorizados en la sentencia C-252 de 2010.

Por lo tanto la Corte declarará la inexecutable por consecuencia del Decreto 073 de 2010, “por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del situado fiscal y del sistema general de participaciones -Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, y se dictan otras disposiciones.”

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, oído el concepto del Procurador General de la Nación y surtidos los trámites que ordena el Decreto 2067 de 1991,

Declarar INEXEQUIBLE por consecuencia el Decreto 073 de 2010, “por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del situado

fiscal y del sistema general de participaciones -Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, 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

Aclaración de voto

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Aclaración de voto

Magistrado

Ausente en comisión

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

JUAN CARLOS HENAO PEREZ Y

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-399 de 2010

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Modulación de efectos (Aclaración de voto)

Esta Corporación ha modulado en el tiempo el alcance de sus decisiones, ya sea con efectos retroactivos, prospectivos, o simplemente guardando silencio al acudir a la facultad prevista en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, según la cual las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario. Esta modulación se ha ejercido con independencia de si se trata del control ejercido durante un estado de excepción o si corresponde al control ordinario de constitucionalidad.

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Efectos retroactivos (Aclaración de voto)

En cuanto a la posibilidad de conferir efectos retroactivos a la declaratoria de inexecutable de una norma, incluidas las dictadas al amparo de un estado de excepción, la Corte ha acudido a este mecanismo con el fin de proteger la supremacía e integridad de la Constitución, asegurar que el pronunciamiento de la Corte no resulte inocuo al permitir que los efectos de una norma dictada al amparo de un estado de anormalidad y contraria al ordenamiento Superior, se perpetúen en el tiempo, y de esta forma se agrave una situación que afecte la institucionalidad y resulte más desfavorable en términos de los valores y principios constitucionales sacrificados. La Corte ha considerado que en esos eventos, sólo es posible garantizar una verdadera seguridad jurídica y certeza del derecho, expulsando del ordenamiento jurídico la norma en cuestión y retrotrayendo sus efectos a la fecha de expedición de la misma.

DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Aplicación de efectos retroactivos del fallo desde el nacimiento de la norma (Aclaración de voto)

En el caso del Decreto 073 de 2010, “por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del situado fiscal y del sistema general de participaciones -Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, y se dictan otras disposiciones”, la Corte debió declarar la inconstitucionalidad por consecuencia con efectos retroactivos a partir de su entrada en vigor, porque algunas medidas en él contenidas suponen una amenaza cierta y grave para el goce efectivo de derechos sociales de los trabajadores del sector salud

Referencia: expediente RE-154

Revisión constitucional del Decreto 073 de 2010, “por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del situado fiscal y del sistema general de participaciones -Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, y se dictan otras disposiciones”.

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

1. Con el acostumbrado respeto, a continuación exponemos las razones que nos llevaron a aclarar el voto en la presente sentencia. La posición mayoritaria optó por declarar la inexecutable por consecuencia del Decreto 073 de 2010, "por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del situado fiscal y del sistema general de participaciones -Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, y se dictan otras disposiciones," porque no se estaba ante medidas de carácter tributario, cuyos efectos podían diferirse a la luz de lo decidido en la sentencia C-252 de 2010.

No obstante compartir esta posición, consideramos que como garantes de la supremacía de la Constitución, la Corte Constitucional debió entrar a examinar si dado que algunas medidas del Decreto 073 de 2010 afectaban los derechos de los trabajadores, los efectos de la declaratoria de inexecutable deberían retrotraerse a la fecha de expedición del mismo.

En efecto, si se observa la definición que hace el artículo 1 del Decreto 073 de 2010, de lo que se consideran recursos excedentes de aportes patronales para el pago de pensiones y cesantías de trabajadores de la salud, tal definición por su vaguedad, permite el redireccionamiento de recursos que debían servir al pago de obligaciones laborales y pensionales, y por lo mismo, tal medida supone una amenaza cierta y grave para el goce efectivo de derechos sociales de los trabajadores del sector salud.

Según lo que establece el párrafo 1 del artículo 1 del Decreto 073 de 2010 se está en presencia de saldos de excedentes de aportes patronales en 6 circunstancias: 1) porque no existió tal empleado, 2) porque el empleado se retiró de la entidad o de la administradora o aseguradora, 3) porque el ingreso base de cotización del empleado era inferior al presupuestado y al considerado en la liquidación, 4) porque se redujeron los costos laborales con disminución de los requerimientos de recursos para los aportes patronales, 5) porque se desconoce la entidad por cuenta de la cual se recibieron los recursos, y 6) en otros eventos similares que generen exceso de recursos en poder de las aseguradoras o administradoras, sin obligaciones a favor de servidores públicos del sector salud que correspondan a derechos

o prestaciones laborales exigibles con cargo a estos recursos.

De estas 6 circunstancias, no todas permiten tener la certeza de que se trata en realidad de excedentes, como quiera que se mencionan circunstancias que cobijan también recursos que en realidad corresponden al pago de obligaciones laborales y pensionales que no se hubieren aplicado efectivamente a dichas obligaciones por retardo en los procedimientos de liquidación y pago, deficiencias de información o por otras situaciones administrativas o financieras de común ocurrencia, que son fuente de cientos de acciones judiciales, incluidas acciones de tutela, para garantizar el goce efectivo de tales derechos.

Dado que esta circunstancia contradice palmariamente la prohibición de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos de emergencia social, y que a pesar de la declaratoria de inexecutable por consecuencia del Decreto 073 de 2010, no corrige la desmejora de tales derechos, era necesario conferir efectos retroactivos a la declaratoria de inexecutable, a partir de la fecha de su entrada en vigor, y ordenar la devolución de los recursos recaudados con esta medida. Al no hacerlo, se permitió que el redireccionamiento de recursos de pensiones y cesantías para cubrir el déficit en salud autorizado por el Decreto 073 de 2010, continuara produciendo efectos negativos a pesar de su declaratoria de inexecutable y, por lo mismo, que la vulneración de los derechos sociales de los trabajadores de la salud afectados con la medida se perpetuara en el tiempo.

2. La posibilidad de otorgar efectos retroactivos a este tipo de medidas no es extraña en nuestra jurisprudencia. Esta Corporación ha modulado en el tiempo el alcance de sus decisiones, ya sea con efectos retroactivos, prospectivos, o simplemente guardando silencio al acudir a la facultad prevista en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, según la cual las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. Esta modulación se ha ejercido con independencia de si se trata del control ejercido durante un estado de excepción o si corresponde al control ordinario de constitucionalidad.²⁵

Sobre el particular, la Corte ha resaltado que “el juez constitucional cuenta con varias alternativas al momento de adoptar una determinación, ya que su deber es pronunciarse de la forma que mejor permita asegurar la integridad del texto constitucional, para lo cual puede

modular los efectos de sus sentencias ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales”.²⁶

En cuanto a la posibilidad de conferir efectos retroactivos a la declaratoria de inexecutable de una norma, incluidas normas dictadas al amparo de un estado de excepción, la Corte ha acudido a este mecanismo con el fin de proteger la supremacía e integridad de la Constitución, asegurar que el pronunciamiento de la Corte no resulte inocuo al permitir que los efectos de una norma dictada al amparo de un estado de anormalidad y contraria al ordenamiento Superior, se perpetúen en el tiempo, y de esta forma se agrave una situación que afecte la institucionalidad y resulte más desfavorable en términos de los valores y principios constitucionales sacrificados. La Corte ha considerado que en esos eventos, sólo es posible garantizar una verdadera seguridad jurídica y certeza del derecho, expulsando del ordenamiento jurídico la norma en cuestión y retrotrayendo sus efectos a la fecha de expedición de la misma.

En la sentencia C-619 de 2003,²⁷ especialmente relevante para el asunto bajo examen, la Corte señaló lo siguiente:

“Así como existe un principio de efecto útil del derecho, es preciso reconocer que decisiones de esta naturaleza revisten especial importancia en el ordenamiento jurídico, por lo que el juez constitucional debe procurar que ellas sean funcionales. De otra manera carecería de sentido el pronunciamiento de constitucionalidad, como ocurre, por ejemplo, cuando la Corte se abstiene de analizar normas que desaparecieron del ordenamiento y ningún efecto producen o pueden producir cuando llegan para su estudio.

(...)

“No es difícil concluir que cuando la Corte constata que la declaratoria de un estado de excepción o de su prórroga no observó las exigencias constitucionales del caso, cesan desde entonces las atribuciones anteriormente reseñadas.

“Así, la declaratoria de inexecutable tiene dos efectos directos: en primer lugar, a partir de ese momento el Gobierno no puede expedir nuevos decretos legislativos porque la norma que lo facultaba para hacerlo fue declarada inconstitucional y, en segundo lugar, los decretos legislativos dictados hasta entonces pierden su vigencia.

“Sin embargo, y ello debe quedar en claro, lo anterior de ninguna manera significa un pronunciamiento sobre los decretos legislativos dictados hasta entonces, ni menos aún convalida su constitucionalidad hasta ese momento. Según lo ha explicado esta Corporación, lo que ocurre es una pérdida de vigencia que no incide en la materialidad de cada uno de los decretos legislativos²⁸:

“En el fondo ocurre que, 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.

“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.”

“Como ha sido la posición permanente de la Corte, lo procedente en estos casos no es la inhibición para decidir sobre la constitucionalidad de las normas expedidas al amparo de un estado de excepción indebidamente declarado, sino el pronunciamiento sobre su constitucionalidad y el alcance de esa decisión²⁹. De lo contrario, el período comprendido entre la expedición de un decreto legislativo y la declaratoria de inexecutable de la norma en que se basó aquel, estaría sustraído del control judicial en grave detrimento de los principios inherentes a un Estado Social de Derecho.

(...)

“Siguiendo los lineamientos hasta aquí reseñados es fácil concluir que los efectos de la presente declaratoria de inexecutable deben surtir desde la fecha de la promulgación del Decreto Legislativo No. 900 de 2003, esto es, con efectos retroactivos, pues de otra manera la decisión de la Corte carecería de sentido para garantizar la supremacía material de la Constitución.

“La Corte precisa que si bien a partir de la Sentencia C-327 de 2003 el referido decreto perdió su vigencia, también lo es que su expedición fue al amparo de un estado de conmoción interior indebidamente prorrogado, por lo que desde su nacimiento soportaba un

vicio que lo hacía inconstitucional.

(...)

“Por último, la Corte no encuentra cómo el hecho de conceder efectos retroactivos a la presente declaratoria de inexecutable, con el fin de proteger la supremacía e integridad de la Constitución, y de ser especialmente celosa del respeto a los principios democrático y de separación de poderes, pueda generar una grave situación macroeconómica que afecte la institucionalidad y resulte más desfavorable en términos de valores y principios constitucionales. De lo contrario, el pronunciamiento de la Corte no sólo sería inocuo sino que permitiría la vigencia de una norma dictada al amparo de un estado de anomalía indebidamente prorrogado y contraria al ordenamiento Superior. No de otra forma es posible garantizar una verdadera seguridad jurídica y certeza del derecho.”

Por lo anterior, la Corte Constitucional debió declarar la inexecutable por consecuencia del Decreto 073 de 2010, y otorgar efectos retroactivos a la misma, a partir de la fecha de su entrada en vigor, con el fin de proteger los derechos de los trabajadores.

Fecha ut supra,

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-399 de 2010

Referencia: expediente RE-154

Asunto: Revisión constitucional del Decreto 073 de 2010, “por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del situado fiscal y del sistema general de participaciones –Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, y se dictan otras disposiciones”

Magistrada Ponente:

MARIA 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 073 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 inexecutables del ordenamiento jurídico. En este caso, la Corte declara que un Decreto que declara una emergencia social es inexecutable, lo cual debería tener la consecuencia de expulsar de inmediato del ordenamiento jurídico tal normativa, sin embargo, la Corte, deja vigentes en el tiempo unas medidas, respecto de las cuales adicionalmente ha reconocido

expresa y claramente en el fallo la absoluta carencia de competencia por parte del órgano que las profiere, lo cual entraña a todas luces una clara contradicción lógica y jurídica;

(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.”

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

Fecha ut supra

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Folios 33 a 49.

2 Folios 56-61.

3 Folios 22-26.

4 Folios 68-73.

5 En el Decreto se encuentra diseñado como un patrimonio autónomo constituido bajo la modalidad de contratación directa con una sociedad fiduciaria pública.”

6 Folios 74-85.

7 Folio 116.

8 Folios 89-109.

9 Folios 119-154.

10 Folios 164-184.

11 Folios 188-195.

13 Folios 260-264.

14 Entre los que se encuentran los recursos de carácter patronal para la cotización a pensiones en los años de transición.

15 Folios 267-292.

16 Aplica un régimen diferente de cálculo de cesantías con retroactividad.

17 Folios 158-160.

18 Folios 197-198.

19 Folios 265-266.

20 Folios 293-299.

21 Folios 323 a 400.

22 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

23 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

24 M.P. María Victoria Calle Correa.

25 Ver las sentencias C-149 de 1993 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); C-037 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell); C-089 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-109 de 1995 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); C-423 de 1995 (MP. Fabio Morón Díaz); C-536 de 1995 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); C-578 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-309 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-579 de 1996 (MP. Hernando Herrera Vergara); C-411 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-122 de 1997 (MP. Antonio Barrera Carbonell); C-182 de 1997 (MP. Hernando Herrera Vergara); C-221 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero); C-470 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero); C-618 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero); C-653 de 1997 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); C-005 de 1998 (MP. Jorge Arango Mejía); C-055 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero y Hernando Herrera Vergara); C-482 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-499 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-002 de 1999 (MP. Antonio Barrera Carbonell); C-478 de 1999, MVSM; C-700 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); C-744 de 1999 (MP. Antonio Barrera Carbonell); C-870 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero); C-955 de 2000 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); C-1541 de 2000 (MP. Carlos Gaviria Díaz); C-047 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); C-141 de 2001, (MP. Alejandro Martínez Caballero); C-170 de 2001 (MP. Alejandro Martínez Caballero); C-442 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra); C-620 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería); C-737 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); C-1064 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y Jaime Córdoba Triviño); C-1211 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil); C-128 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); C-452 de 2002 (MP. Jaime Araujo Rentería); C-618 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); C-876 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis); C-619 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández); C-464 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra); C-852 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil); C-858 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño); C-491 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño); C-621 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil); C-720 de 2007 (MP. Catalina Botero Marino); C-782 de 2007 (MP. Jaime Araujo Rentería); C-325 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo

Mendoza Martelo)

26 Sentencia C-737/01 MP. Eduardo Montealegre Lynett. Ver también las sentencias C113 de 1993-, C-131 de 1993, C-226 de 1994, C-055 de 1996, C-037 de 1996, C-221de 1997, C-442 de 2001, C-619 de 2003, entre otras.

27 C-619 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández)

28 Corte Constitucional, Sentencia C-488/95 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

29 La Corte ha rechazado la posibilidad de adoptar fallos inhibitorios en estos eventos. Al respecto, ver por ejemplo los salvamentos de voto a las sentencias C-127/07 y C-137/07, en las cuales la Corte desestimó esta alternativa.