

Sentencia C-559/04

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de cargos de inconstitucionalidad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Señalamiento de normas constitucionales que se consideran infringidas/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Concepto de la violación

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Requisitos esenciales para la concesión/FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Solicitud expresa por el Gobierno y manifestación de las razones

La Corte reitera que para que el Congreso pueda desprenderse legítimamente de la facultad de legislar y conceder, para el efecto, facultades extraordinarias al Presidente de la República, ha de hacerlo con estricto sometimiento a los requisitos esenciales que exige la Constitución Política en el artículo 150, numeral 10. En este sentido es claro que por figurar dentro de dichos requisitos, como lo señala el actor, las facultades extraordinarias deben ser solicitadas expresamente por el Gobierno quien debe además expresar las razones de necesidad o conveniencia pública que así lo exijan.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS PARA ESCISION DE ENTIDADES U ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DEL ORDEN NACIONAL-Solicitud expresa por el Gobierno y exposición de razones

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Finalidad

El propósito del principio de unidad de materia como lo ha explicado la Corte de manera reiterada en su jurisprudencia “es el de lograr la racionalización y tecnificación del proceso legislativo, en forma tal que la discusión y la aprobación del articulado que se somete a la consideración del Congreso de la República se ordene alrededor de un “eje central”, en relación con el cual todas las partes de un proyecto de ley han de guardar necesaria coherencia y armonía.” Y que dicho principio “no puede entenderse dentro de un sentido estrecho y rígido al punto que se desconozcan o ignoren las relaciones sustanciales entre las diferentes normas que surgen en virtud de las finalidades que persiguen y que, por lo mismo, razonablemente se integran o resultan ser complementarias para lograr el diseño de la cuestión de fondo del proyecto legal. Además, que dicha unidad sólo se rompe cuando existe absoluta falta de conexión o incongruencia causal, temática, sistemática y teleológica entre los distintos aspectos que regula la ley y la materia dominante de la misma.”

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN LEY HABILITANTE DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Relación de disposición con el objeto de la ley

FACULTADES EXTRAORDINARIAS PARA RENOVAR LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION-Fijación legislativa de manera precisa del contenido

SERVICIOS PUBLICOS ESENCIALES-Definición por el legislador/FACULTADES EXTRAORDINARIAS PARA RENOVAR LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION-No utilización para asumir una función propia del Congreso

Si el artículo 56 de la Carta Política, de manera expresa señala que “los servicios públicos esenciales” serán “definidos por el legislador”, no puede legítimamente el Presidente de la

República utilizar facultades extraordinarias que le fueron conferidas para renovar la estructura de la Administración Pública Nacional, para asumir una función que corresponde al Congreso por expreso mandato de la Constitución.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA EN PROCESO DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA-Posibilidad de contratar con personas jurídicas constituidas por ex funcionarios/CONTRATACION ADMINISTRATIVA EN PROCESO DE REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA-Autorización APRA contratar con personas jurídicas constituidas por ex funcionarios/PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y SELECCION OBJETIVA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Autorización para contratar con personas jurídicas constituidas por ex funcionarios

Dado que lo que se está estableciendo es simplemente una autorización para que dicha contratación pueda efectuarse y que su finalidad es permitir que la experiencia de los servidores que resulten desvinculados como consecuencia de procesos de reestructuración del instituto de los Seguros Sociales pueda ser tomada en cuenta y valorada en los procesos de contratación en los que ellos participen frente a otros posibles oferentes en igualdad de condiciones dentro del marco de los principios que rigen la contratación estatal y en particular de los principios de transparencia y selección objetiva, la Corte condicionara la constitucionalidad de dichas disposiciones a ese entendimiento.

LEY HABILITANTE DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS PARA MODERNIZAR LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION-Objeto

FACULTADES EXTRAORDINARIAS PARA RENOVAR LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION-Objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación

ESCISION DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y CREACION DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Rentabilidad social y financiera

PRINCIPIO DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Rentabilidad financiera debe interpretarse en armonía con los demás principios constitucionales de la seguridad social

SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Rentabilidad financiera debe interpretarse en armonía con los principios constitucionales de la seguridad social

PRINCIPIO DE EFICIENCIA EN EMPRESAS PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD-Alcance

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD Y SOLIDARIDAD EN SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Argumentos financieros no justifican negativa de prestación eficiente y oportuna a afiliados y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela

ESCISIÓN DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y CREACIÓN DE EMRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Argumentos financieros no justifican negativa de prestación eficiente y oportuna a afiliados y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela

EMPRESAS PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD-Argumentos financieros no justifican negativa de prestación eficiente y oportuna a afiliados y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela

PROHIBICION DE RECIBIR MAS DE UNA ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO-Posibilidad del legislador de establecer excepciones/PROHIBICION DE RECIBIR MAS DE UNA ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO-Excepción consistente en percibir honorarios los miembros de juntas directivas

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-No exceso por no requerirse la facultad atendiendo su consagración en la ley ordinaria

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Pago de honorarios a miembros de juntas directivas

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD-Constituyen una nueva categoría de entidad administrativa descentralizada

Esta Corporación ha precisado que las Empresas Sociales del Estado son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas.

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Régimen jurídico

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Régimen laboral de servidores

JUNTA DIRECTIVA DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Designación de revisor fiscal y fijación de honorarios/EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Contratación de servicios de revisor fiscal que no hace parte de la planta de personal

La Corte recuerda que i) nada obsta para que en el caso de las Empresas Sociales del Estado dentro del marco de las normas contractuales se puedan llegar a contratar los servicios de un revisor fiscal que no haga parte de la planta de personal de la entidad, y que ii) dada la naturaleza de la función que cumple el revisor fiscal y la independencia que debe garantizársele para el efecto, precisamente resulta razonable que éste no haga parte de dicha planta.

JUNTA DIRECTIVA DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Funciones por reglamento interno supeditado a lo señalado en la ley y los estatutos

CARGO DE ELECCION-Periodo tiene carácter institucional/CARGO DE ELECCION-Reemplazo

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Periodo del gerente

DECRETO DE ESCISION DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y CREACION DE EMPRESAS

SOCIALES DEL ESTADO-Vigencia simultánea de decretos que establecen planta de personal

ESCISION DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y CREACION DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Incorporación automática a la planta de personal y provisión del cargo

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Incorporación automática a la planta de personal

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO PARA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Posibilidad de contratar el inventario de bienes como medida subsidiaria/ESCISION DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y CREACION DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Realización en el menor tiempo posible de inventario de bienes atendiendo fase de transición/EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Posibilidad de contratar inventario de bienes por falta de personal calificado

SEGURIDAD SOCIAL-Prestación por entidades públicas o privadas

Referencia: expediente D-4850

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16 (parcial) de la Ley 790 de 2002 “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.” y contra el Decreto 1750 de 2003, “Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado.”

Actor: Ramiro Borja Ávila

Magistrados Ponentes:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA

Bogotá D.C., primero (1) de junio de dos mil cuatro (2004)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Ramiro Borja Ávila presentó demanda contra el Decreto 1750 de 2003, “Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado.”

Mediante auto del 24 de septiembre de 2003, el Magistrado Sustanciador inadmitió la demanda, toda vez que la misma no reunía los presupuestos exigidos por el numeral tercero, artículo 2, del Decreto 2067 de 1991, pues no se formularon de manera clara y precisa los

cargos de inconstitucionalidad y por consiguiente las razones por las que se consideraba que la norma acusada contrariaba el ordenamiento jurídico, dado que ellos se dirigían esencialmente contra la ley de facultades y no contra el decreto acusado, y se dio en consecuencia un término de tres días para corregir la demanda.

Considerando que el accionante dentro del término legal, corrigió la demanda en el sentido que le fue indicado en la providencia del 24 de septiembre de 2003, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 16 de octubre de 2003, admitió la demanda y dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, y al Presidente del Congreso de la República, así como también a los Ministros del Interior y de Justicia, de Hacienda y Crédito Público, de la Protección Social y al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptuasen sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

Igualmente ordenó invitar al Decano de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Bogotá, al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Aquino de Bogotá, al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad San Buenaventura de Cali, al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla, al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, al Director del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, al Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y al Director de la Escuela Superior de la Administración Pública "ESAP" con el mismo fin.

En el mismo auto ordenó oficiar a los Secretarios Generales del Senado de la República y Cámara de Representantes para que enviaran a la Corte con destino al presente proceso, copia del expediente que contiene el trámite del proyecto que se convirtió en la Ley 790 de 2002.

De igual forma mediante auto separado también de fecha 16 de octubre de 2003, rechazó por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra el auto proferido el 24 de septiembre de 2003, que inadmitió la demanda inicialmente presentada por el actor.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procedió la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

Al respecto cabe precisar que dado que la ponencia presentada por el Magistrado Álvaro Tafur Galvis no fue aceptada en relación con la declaratoria de exequibilidad, por los cargos formulados, de la expresión "esencial" contenida en el artículo 3 del Decreto 1750 de 2003, se designó como ponente para el aparte pertinente de la sentencia al Magistrado Alfredo Beltrán Sierra quien plasmó en el numeral 5.3 de la misma las consideraciones de la Sala

sobre la inexecutable de dicha expresión.

## II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las normas demandadas de conformidad con su publicación en los Diarios Oficiales No. 45.046 de 27 de diciembre de 2002 -para el caso del artículo 16 de la Ley 790 de 2002- y No. 45.230 del 26 de junio de 2003 -para el caso del Decreto 1750 de 2003-, se subraya lo acusado.

“LEY 790 de 2002

(diciembre 27)

por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

Artículo 16. Facultades extraordinarias. De conformidad con el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley, para:

a) Suprimir y fusionar Departamentos Administrativos, determinar su denominación, número y orden de precedencia.

El acto mediante el cual se disponga la fusión, determinará los objetivos, la estructura orgánica y el orden de precedencia del Departamento Administrativo resultante de la fusión.

El acto mediante el cual se disponga la supresión, determinará el orden de precedencia de los restantes Departamentos Administrativos;

b) Determinar los objetivos y la estructura orgánica de los Ministerios;

c) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional;

d) Escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley;

e) Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas;

f) Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplieran las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen cuando a ello haya lugar;

g) Determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas;

Parágrafo 1°. Las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en el presente artículo para renovar la estructura de la Administración Pública Nacional, serán ejercidas con el propósito de racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública o con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación.

“DECRETO LEY NUMERO 1750 DE 2003”<sup>1</sup>

(junio 26)

Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los literales d), e), f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002,

DECRETA:

TITULO I

ESCISIÓN Y CREACIÓN

Artículo 1°. Escisión. Escíndese del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las Clínicas y todos los Centros de Atención Ambulatoria.

Artículo 2°. Creación de empresas sociales del Estado. Créanse las siguientes Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social, y cuyas denominaciones son:

1. Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe.
2. Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla.
3. Empresa Social del Estado Antonio Nariño.
4. Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.
5. Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta.
6. Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, y

7. Empresa Social del Estado Rita Arango Álvarez del Pino.

## TITULO II

### OBJETO, FUNCIONES GENERALES Y SEDE

Artículo 3°. Objeto. Las Empresas Sociales del Estado creadas en el artículo anterior tienen por objeto la prestación de los servicios de salud, como servicio público esencial a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

Artículo 4°. Funciones generales. En desarrollo de su objeto, las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto cumplirán las siguientes funciones:

1. Prestar los servicios de salud de baja, mediana y alta complejidad dentro de los parámetros y principios señalados en la Ley 100 de 1993, y demás disposiciones legales y reglamentarias que la modifiquen o adicionen.
2. Prestar servicios de salud eficientes y efectivos que cumplan con las normas de calidad establecidas de acuerdo con la reglamentación vigente.
3. Celebrar los contratos que requiera la entidad para la prestación eficiente y efectiva de los servicios de salud.
4. Prestar en forma oportuna los servicios de consulta, urgencias, hospitalización, procedimientos quirúrgicos, programas de promoción y mantenimiento de la salud a los usuarios.
5. Asociarse para la compra de insumos y servicios, vender los servicios o paquetes de servicios de salud.
6. Contratar con las personas jurídicas constituidas por sus ex funcionarios o en las que éstos hagan parte que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad, para permitir la correcta prestación del servicio de salud, de conformidad con los parámetros fijados por la Junta Directiva.
7. Garantizar mediante un manejo gerencial adecuado, la rentabilidad social y financiera de la Empresa Social del Estado.
8. Garantizar los mecanismos de participación ciudadana y comunitaria establecidos en las disposiciones legales vigentes.
9. Proveer información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios respecto de sus deberes y derechos en lo concerniente a la prestación del servicio de salud.
10. Las demás que de acuerdo con su naturaleza y funciones le sean asignadas conforme a las normas legales.

Artículo 5°. Sede. Las Empresas Sociales del Estado previstas en el presente decreto tendrán las siguientes sedes:

1. La Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, en la ciudad de Medellín.
2. La Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, en la ciudad de Barranquilla.
3. La Empresa Social del Estado Antonio Nariño, en la ciudad de Santiago de Cali.
4. La Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, en la ciudad de Bogotá D. C.
6. La Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, en la ciudad de San José de Cúcuta.
7. La Empresa Social del Estado Rita Arango Álvarez del Pino, en la ciudad de Pereira.

### TITULO III

#### ESTRUCTURA Y ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Artículo 6°. Estructura. Las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, contarán con una Junta Directiva, un Gerente General y Subgerencias, que se crearán de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio y la rentabilidad social y financiera de la empresa, atendiendo los parámetros que determine su Junta Directiva. A partir de esta estructura básica, las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, definirán la estructura organizacional de acuerdo con las necesidades y requerimientos de los servicios que ofrezca cada una de ellas.

Artículo 7°. Órganos de dirección y administración de las Empresas Sociales del Estado. La dirección y administración de las Empresas Sociales del Estado de que trata el presente decreto, estarán a cargo de la Junta Directiva y del Gerente General.

Artículo 8°. Conformación de la Junta Directiva. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto estará conformada por siete (7) miembros, los cuales deberán pertenecer a los sectores políticos - administrativo, científico del área de la salud y de la comunidad, para un período institucional de tres (3) años, así:

Del sector político administrativo, tres (3) miembros:

- a) El Ministro de la Protección Social o su delegado, quién la presidirá;
- b) El Director General de Calidad de Servicios del Ministerio de la Protección Social;
- c) Un representante del Presidente de la República.

Del sector científico del área de la salud, dos (2) miembros:

- a) Un decano de las facultades de ciencias de la salud escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada por las universidades que tengan sede en el área de influencia de la respectiva Empresa Social del Estado;
- b) Un miembro de la Academia Nacional de Medicina escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada por dicha institución;

Del sector de la comunidad, dos (2) miembros:

- a) Un representante de las Centrales Obreras escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada por dichas organizaciones;
- b) Un representante de una asociación de usuarios del sector de la salud legalmente constituida escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada para tal fin.

Parágrafo 1°. A las reuniones de la Junta Directiva asistirá con voz pero sin voto el Gerente General. Podrán concurrir también los demás servidores públicos que la Junta Directiva o el Gerente General determinen, cuando las circunstancias lo requieran, y lo harán con voz pero sin voto.

Parágrafo 2°. Las reuniones de la Junta Directiva se harán constar en un Libro de Actas con las firmas del Presidente de la Junta y del Secretario que designe la respectiva Junta Directiva.

Parágrafo 3°. Los Miembros de la Junta Directiva tendrán derecho a honorarios, de acuerdo con la tarifa que fije el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Parágrafo Transitorio. La designación de los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, con excepción del representante del Presidente de la República, será efectuada por primera vez por el Ministro de la Protección Social, sin que sea necesario solicitar las ternas a que se refiere el presente artículo.

Dichas designaciones tendrán un término máximo de cuatro (4) meses; finalizado el mismo, se procederá a la conformación de la Junta Directiva, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto establezca el Gobierno Nacional, de conformidad con el presente decreto.

Artículo 9°. Funciones generales de la Junta Directiva. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto cumplirán las siguientes funciones:

1. Establecer las directrices para la administración General de la Empresa.
2. Aprobar los planes estratégicos y los planes operativos anuales de la Empresa Social del Estado.
3. Analizar y aprobar el anteproyecto de presupuesto anual, y sus modificaciones de acuerdo con las normas presupuestales, el plan estratégico y el plan operativo para la vigencia fiscal.
4. Fijar los parámetros para que el Gerente General, contrate con las personas jurídicas constituidas por sus ex funcionarios o en las que éstos hagan parte que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad, para permitir la correcta prestación del servicio de salud.
5. Aprobar las modificaciones de tarifas que proponga el Gerente General, ajustándose a las políticas tarifarias establecidas por las autoridades competentes, en el Sistema General de

Seguridad Social en Salud.

6. Determinar la estructura, la planta de personal, sus modificaciones y proponerlas al Gobierno Nacional para su aprobación.

7. Aprobar los estados financieros y de ejecución presupuestal presentados por el Gerente General.

8. Supervisar el cumplimiento de los planes y programas definidos para la Empresa.

9. Designar el Revisor Fiscal y fijar sus honorarios.

10. Conformar la terna de candidatos para la designación del Gerente General por parte del Presidente de la República y efectuar la posesión del mismo.

11. Autorizar al Gerente General de forma específica o general para suscribir contratos en desarrollo de su objeto, en aquellos eventos en que la cuantía, según los estatutos, lo exija.

13. Expedir o reformar sus estatutos.

14. Las demás que le señalen la ley, los estatutos y reglamentos, de acuerdo con su naturaleza.

Parágrafo. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado previstas en el presente decreto, sesionará de conformidad con lo dispuesto en sus respectivos estatutos.

Artículo 10. Actos de la Junta Directiva. Las decisiones de la Junta Directiva se denominarán Acuerdos, los cuales deberán llevar la firma de quien presida la reunión y del Secretario de la Junta.

Artículo 11. Designación del Gerente General. Las Empresas Sociales del Estado tendrán un Gerente General, designado por el Gobierno Nacional, de terna presentada por la Junta Directiva y aceptada por este, para un periodo de tres (3) años prorrogables, quien será su Representante Legal.

Parágrafo transitorio. El nombramiento del Gerente General de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será efectuado por primera vez, directamente por el Presidente de la República, hasta por un término de seis (6) meses. Finalizado este plazo, se proveerá el cargo conforme a lo señalado en el presente decreto y las disposiciones vigentes.

Artículo 12. Funciones del Gerente General. Son funciones del Gerente General las siguientes:

1. Ejercer la representación legal de la Empresa Social del Estado.

2. Proponer a la Junta Directiva la modificación de la organización interna de cada una de las unidades hospitalarias, de acuerdo con su nivel de complejidad y portafolio de servicios.

3. Informar a la Junta Directiva y al Ministerio de la Protección Social sobre el estado de

ejecución de los programas y rendir los informes generales y periódicos o especiales que le soliciten.

4. Dirigir la empresa, manteniendo la unidad de intereses, en torno a la misión y objetivos de la misma.

5. Proponer a la Junta Directiva la contratación de personas jurídicas constituidas por sus ex funcionarios o en las que estos hagan parte, que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad, para permitir la correcta prestación del servicio de salud.

6. Expedir los actos administrativos, órdenes y directrices necesarios para el funcionamiento de la Empresa Social del Estado.

7. Coordinar y controlar el cumplimiento de la función disciplinaria.

8. Crear los comités asesores y grupos de trabajo necesarios para el cumplimiento de las funciones de la empresa y conformar los previstos en la ley.

9. Vincular, posesionar y remover el personal de la empresa, conforme a las disposiciones legales.

10. Distribuir y reubicar los empleos de la planta de personal global, entre las distintas dependencias de la empresa, de acuerdo con las necesidades del servicio.

11. Adoptar los manuales de Procesos y Procedimientos y los específicos de Funciones y Requisitos.

12. Ejercer la ordenación del gasto de la Empresa Social del Estado con sujeción a las disposiciones establecidas en las normas presupuestales y reglamentarias.

13. Presentar a consideración de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado el anteproyecto de presupuesto y sus modificaciones para la respectiva vigencia fiscal.

14. Presentar a consideración de la Junta Directiva las modificaciones al presupuesto, conforme con lo establecido en las disposiciones vigentes.

15. Administrar los bienes y recursos destinados al funcionamiento de la Empresa Social del Estado.

16. Autorizar el recibo de las donaciones o aceptar bienes en comodato para el cumplimiento de los fines de la Empresa Social del Estado.

17. Suscribir los actos y contratos que se requieran para el funcionamiento de la empresa, de acuerdo con las autorizaciones de la Junta Directiva.

18. Constituir apoderados que representen a la empresa en negocios judiciales y extrajudiciales.

19. Las demás que le señalen la ley y los estatutos.

Artículo 13. Falta absoluta del Gerente General. En caso de falta absoluta del Gerente General de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, se procederá a su elección, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que se produzca la falta, siguiendo el procedimiento señalado en este Decreto y en las disposiciones vigentes.

Mientras se realiza la designación y posesión, la Junta Directiva designará la persona que ejercerá temporalmente las funciones de Gerente General.

## RÉGIMEN JURÍDICO

### CAPITULO I

#### Régimen jurídico de los actos y contratos

Artículo 14. Régimen jurídico de los actos y contratos. Los actos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto estarán sujetos al régimen jurídico propio de las personas de derecho público, con las excepciones que consagren las disposiciones legales.

El régimen contractual para dichas empresas será el establecido por las normas del derecho privado, y en ellos se podrán utilizar discrecionalmente las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal.

Artículo 15. Régimen tributario. De acuerdo con el artículo 73 de la Ley 633 de 2000, los actos o contratos que deban extenderse u otorgarse con motivo de la escisión del Instituto de Seguros Sociales y la creación de las Empresas Sociales del Estado se considerarán actos sin cuantía y no generarán impuestos ni contribuciones de carácter nacional.

### CAPITULO II

#### Régimen de Personal

Artículo 16. Carácter de los servidores. Para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serán trabajadores oficiales.

Artículo 17. Continuidad de la relación. Los servidores públicos que a la entrada en vigencia del presente decreto se encontraban vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales, quedarán automáticamente incorporados, sin solución de continuidad, en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto. Los servidores que sin ser directivos desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales conservarán la calidad de trabajadores oficiales, sin solución de continuidad.

Parágrafo. El tiempo de servicio de los servidores públicos que pasan del Instituto de Seguros Sociales a las Empresas Sociales del Estado, creadas en el presente decreto, se computará para todos los efectos legales, con el tiempo que sirvan en estas últimas, sin solución de continuidad.

Artículo 18. Del régimen de Salarios y Prestaciones. El Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. En todo caso se respetarán los derechos adquiridos. Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas.

Parágrafo Transitorio. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales que automáticamente se incorporen en la nueva planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, y que en razón del régimen general para los empleados públicos no cumplan requisitos para la vinculación en cargos que les permita percibir cuando menos una asignación básica mensual igual a la que venían recibiendo, serán incorporados en el empleo para el cual los acrediten. En todo caso, el Gobierno Nacional adoptará las medidas con el fin de mantener la remuneración que venían percibiendo por concepto de asignación básica mensual, puntos de antigüedad y prima técnica para médicos, la que devengarán mientras permanezcan en el cargo.

Artículo 19. Permanencia. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales incorporados como empleados públicos a la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto tendrán derecho de acceder a la carrera administrativa a través del proceso de selección que previa convocatoria se adelante para proveer el empleo. Mientras permanezcan en provisionalidad solo podrán ser retirados del cargo por las causales señaladas en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 y demás normas que la modifiquen o adicionen, o por supresión del cargo.

## TITULO V

### DEL PATRIMONIO

Artículo 20. Conformación del patrimonio. El patrimonio de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto estará conformado por:

1. Los bienes muebles e inmuebles del Instituto de Seguros Sociales que se le transfieran como consecuencia de la escisión y que corresponden a los activos que actualmente tiene para el desempeño de las actividades de la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, de las Clínicas y de los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales.
2. Las Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria previstas en el presente decreto.
3. Las donaciones que reciba la Empresa Social del Estado de entidades públicas y privadas, nacionales o internacionales, y de personas naturales.
4. Los demás bienes que adquiriera a cualquier título.
5. Los incrementos patrimoniales.

Parágrafo 1°. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de constitución e instalación

de los órganos de dirección de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, el Gerente General designará los servidores públicos para la realización del inventario pormenorizado de los bienes, o en su defecto contratará el servicio.

Parágrafo 2°. Para efectos de la apertura de la contabilidad de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, se deberán tomar los valores de los bienes, derechos y obligaciones que figuren registrados en la contabilidad del Instituto de Seguros Sociales conforme a las normas expedidas por la Contaduría General de la Nación.

Artículo 21. Ingresos de las Empresas Sociales del Estado. Los ingresos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán los provenientes de:

2. Los ingresos financieros.
3. La utilidad que genere la enajenación de activos.
4. Las donaciones de organismos internacionales o nacionales.
5. Los recursos que ingresen por actividades diferentes de la operación principal de la empresa.
6. Los demás que resulten del desarrollo de su objeto social y actividades conexas.

Artículo 22. Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria de las Empresas Sociales del Estado. Las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, para el cumplimiento de sus funciones, contarán con Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria distribuidos así:

1. La Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe contará con las siguientes Clínicas: Clínica Víctor Cárdenas Jaramillo, Clínica Santa Gertrudis, Clínica Santa María del Rosario y Clínica León XIII; y contará con los siguientes Centros de Atención Ambulatoria: Apartadó, Barbosa, Bello, Caldas, Carepa, Chigorodó, Copacabana, El Carmen de Viboral, Girardota, Guarne, Hernán Posada, La Ceja, La Estrella, Marinilla, Barrio Colombia, Comercio - Juan de Dios Uribe, San Ignacio - Gustavo Uribe Escobar, Occidente, Campo Valdés, Central, Córdoba, Oriente, Quibdó, Istmina, Cereté, Chinú, Montería, Loricá, Montelíbano, Planeta Rica, Sahagún, Tierra Alta y Turbo.

2. La Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla contará con las siguientes Clínicas: Clínica Centro de Barranquilla, Clínica Sur de Barranquilla, Clínica Norte de Barranquilla, Clínica Andes, Clínica Henrique de la Vega, Clínica Ana María, Clínica Ramón Gómez Bonivento y Clínica José María Campo Serrano; y contará con los siguientes Centros de Atención Ambulatoria: Los Andes, Sabanalarga, El Bosque, Central, Pedro de Heredia, Magangué, Mamonal, Turbaco, Aguachica, La Jagua de Ibirico, Codazzi, Albania - El Cerrejón, Hatonuevo, Maicao, Portete Puerto Bolívar, Ciénaga, Cundí, El Banco, Fundación, Pivijay, El Plato, Orihueca, San Andrés, Corozal y Sincelejo.

3. La Empresa Social del Estado Antonio Nariño, contará con las siguientes Clínicas: Clínica Rafael Uribe Uribe, Clínica Bellavista, Clínica Santa Isabel de Hungría, Clínica Santa Ana de los Caballeros, Clínica Nuestra Señora de la Paz, Clínica Nuestra Señora del Carmen, Clínica ISS - Popayán, Clínica Norte de Puerto Tejada y Clínica Maridíaz; y contará con los siguientes

Centros de Atención Ambulatoria: Alfonso López, Andalucía, Bugalagrande, Los Cámbulos, Candelaria, Cartago, Cerrito, Florida, Ginebra, Guacarí, Jamundí, La Flora, La Selva, Libertadores, Oasis de Paso Ancho, Pradera, Salomia, El Tabor, Tuluá, Villa Colombia, Villa del Sur, Yumbo, Zarzal, Corinto, El Bordo - Patía, Miranda, Popayán, Santander de Quilichao, Ipiales, La Unión, Norte, Barrios Sur Orientales, Tumaco, Túquerres y Mocoa.

4. La Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, contará con las siguientes Clínicas: Clínica San Pedro Claver, Clínica del Niño «Jorge Bejarano», Clínica Eduardo Santos, Clínica Misael Pastrana Borrero y Clínica Carlos Lleras Restrepo; y contará con los siguientes Centros de Atención Ambulatoria: Santafé, Los Alcázares, Alquería La Fragua, Dorado, Kennedy, Paiba, Quiroga, Santa Bárbara, Santa Isabel, Suba, Tunjuelito, Usaquén, Central, Comercial y Bancario, Centro de Urgencias del Norte de Bogotá Hernando Zuleta Holguín, Bosa, Chapinero I, Veinte de Julio, Puente Aranda Carlos Echeverry, La Granja y Fontibón.

5. La Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, contará con las siguientes Clínicas: Clínica Julio Sandoval Medina, Clínica Federico Lleras Acosta, Clínica Carlos Hugo Estrada y Clínica Manuel Elkin Patarroyo Murillo; y contará con los siguientes Centros de Atención Ambulatoria: Chiquinquirá, Duitama, Moniquirá, Nobsa - Belencito, Soatá, Paz del Río, Puerto Boyacá, Samacá, Sogamoso, Tunja, Florencia, Villanueva, Yopal, Cajicá, Chía, Facatativá, Funza, Madrid, Fusagasugá, Girardot, Guaduas, Mosquera, Muña, Soacha, Sopó, Ubaté, Villeta, Zipaquirá, El Altico, Campoalegre, Garzón, Gigante, Pitalito, La Plata, Neiva, Acacías, Cumaral, Granada, Puerto López, Ambalema, Guayabal, Centenario, Chaparral, Espinal, Fresno, Guamo, Honda, Ibagué, Mariquita, Líbano y Purificación.

6. La Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, contará con las siguientes Clínicas: Clínica Los Comuneros, Clínica Cañaveral, Clínica Primero de Mayo y Clínica ISS - Cúcuta; y contará con los siguientes Centros de Atención Ambulatoria: Barbosa, Bucarica - Floridablanca, Central, Girón, Lebrija, Norte, Oriente, San Gil, Socorro, Puerto Wilches, Pie de Cuesta, Pamplona, Atalaya, Santa Ana, Los Patios y Arauca.

7. La Empresa Social del Estado Rita Arango Alvarez del Pino, contará con las siguientes Clínicas: Clínica ISS Manizales, Clínica San José, Clínica Pío XII; y contará con los siguientes Centros de Atención Ambulatoria: Aguadas, Anserma, Neira, Manizales 2, Chinchiná, Palestina, La Dorada, Río Sucio, Risaralda, Salamina, Manizales 3, Villa María, Supía, Alberto Duque, Hernando Vélez Uribe, Ligia Nieto de Jaramillo, Chamanes, Quimbaya, Salento, La Tebaida, Dos Quebradas, Marayá Pereira y La Virginia.

## TITULO VI

### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 23. Contratación de bienes y servicios. Cada Empresa Social del Estado a la que se refiere el presente decreto se subroga por ministerio del mismo en los contratos que haya celebrado el Instituto de Seguros Sociales y que se encuentren actualmente vigentes, cuyo objeto sea ejecutar obras o suministrar bienes o servicios, entre otros, específicamente a las Clínicas o Centros de Atención Ambulatoria que correspondan a cada una de dichas empresas.

Los demás contratos que se hayan celebrado por el Instituto de Seguros Sociales para realizar obras o suministrar bienes o servicios, entre otros, con destino a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud y a las Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria se mantendrán en el Instituto de Seguros Sociales, sin perjuicio de que el mismo pueda cederlos parcialmente a cada una de las empresas sociales del Estado creadas en el presente decreto. Respecto de los contratos que no sean cedidos, el Instituto de Seguros Sociales celebrará convenios interadministrativos con las respectivas Empresas Sociales del Estado para determinar las condiciones en que las Empresas Sociales del Estado pagarán al Instituto el valor de las obras, bienes o servicios a que se refieren dichos contratos.

Parágrafo. El Instituto de Seguros Sociales podrá continuar adelantando los procesos contractuales que haya iniciado para ejecutar obras u obtener bienes o servicios para el funcionamiento y la prestación directa del servicio de salud del Instituto que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia del presente decreto. Los contratos respectivos podrán ser cedidos o su ejecución delegada en los términos de la Ley 489 de 1998 en las Empresas Sociales del Estado, creadas en el presente decreto.

Artículo 24. Contratación de servicios de salud. Con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, el Instituto de Seguros Sociales contratará la prestación de servicios de salud con las empresas de que trata el presente decreto, de acuerdo con el portafolio de servicios que estén en capacidad de ofrecer y, por un término máximo de treinta y seis (36) meses, contados a partir de la vigencia del mismo.

El Gobierno Nacional reglamentará los porcentajes en que se deberá efectuar la contratación a que se refiere el inciso anterior.

Artículo 25. Pago de pensiones. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 758 de 2002, el Instituto de Seguros Sociales asume el pago de las pensiones reconocidas a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto de los pensionados que laboraron en la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, las Clínicas y los Centros de Atención Ambulatoria.

Artículo 26. Transferencia de recursos, bienes y derechos patrimoniales. El Instituto de Seguros Sociales deberá concluir en un plazo máximo de (1) año contado a partir de la vigencia del presente decreto, todos los trámites relacionados con la transferencia de los recursos, bienes y derechos patrimoniales a las empresas sociales del Estado creadas en el presente decreto.

La transferencia de los recursos, bienes y derechos se hará mediante actas de entrega las cuales, cuando se trate de bienes inmuebles, se inscribirán en el Registro de Instrumentos Públicos.

Artículo 27. Cuentas por pagar. A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, las Empresas Sociales del Estado aquí creadas, asumen las cuentas por pagar que tengan pendientes la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, las Clínicas y los Centros de Atención Ambulatoria que hacen parte de la misma, de acuerdo con el levantamiento patrimonial efectuado por el Instituto de Seguros Sociales.

Artículo 28. Administración delegada. Las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, podrán celebrar contratos con el objeto de dar en administración y/o operación las Clínicas o los Centros de Atención Ambulatoria con personas jurídicas de naturaleza solidaria sin ánimo de lucro, con aquellas constituidas o conformadas por ex funcionarios del mismo, y con otras entidades sin ánimo de lucro tales como organizaciones sindicales y Cajas de Compensación Familiar, así como con hospitales públicos, las cuales podrán recibir aportes de capital o apalancamiento financiero del Estado, de conformidad con la Ley. Las personas jurídicas señaladas en el presente artículo podrán sustituir como patrono a las respectivas Empresas del Estado.

Artículo 29. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.”

### III LA DEMANDA

#### 3.1 Cargos genéricos.

3.1.1 El actor solicita que previamente al examen de los cargos que formula contra el Decreto 1750 de 2003 se analice la constitucionalidad de los literales d), e), f) y g) el artículo 16 de la Ley 790 de 2002, que en su criterio son inexecutable y por tanto no podían servir de fundamento al referido Decreto, lo que implica entonces la inexecutable del mismo.

Recuerda que de conformidad con el artículo 150-10 superior las facultades extraordinarias se pueden conceder para expedir normas con fuerza de ley en la medida en que se respeten unas mínimas condiciones que son: i) que las facultades extraordinarias sean precisas, ii) que solamente se otorguen por razones de necesidad o conveniencia pública, iii) que las facultades sean solicitadas expresamente por el Gobierno y iv) que el otorgamiento de las facultades lo apruebe la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Afirma que en el caso de los literales d), e), f) y g) de la Ley 790 de 2002, dichos requisitos mínimos no se cumplieron por a) falta de precisión de las facultades concedidas, b) por la supuesta ausencia de una situación excepcional que justificara el otorgamiento de las facultades extraordinarias y c) por la supuesta ausencia de una petición expresa por parte del Gobierno para escindir el Instituto de los seguros sociales, desconociéndose así el artículo 150-10 superior, lo que no solo los hace inexecutable, sino que a su vez, por resultar inaplicables, da lugar a la declaratoria de inexecutable del Decreto 1750 de 2003, que fue dictado con fundamento en esas facultades.

Hace énfasis en que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la precisión de las facultades extraordinarias debe tener relación con los objetivos que el legislador extraordinario debe buscar mediante la expedición de las normas de rango legal que pretendía dictar en ejercicio de las facultades extraordinarias. En ese sentido considera que en los literales del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 que sirvieron de fundamento a la expedición del decreto 1750 de 2003 “...se guardó absoluto silencio sobre los objetivos que el Gobierno debe buscar con las normas que expida como legislador extraordinario...”.

Indica que la imprecisión en los objetivos de las facultades extraordinarias: “...no la salva el contenido del párrafo 1 del precitado artículo 16 en donde se fijaron unos objetivos, porque el alcance de su tenor literal es tan laxo que esa construcción lo único que permite deducir es

que atenta contra el concepto de precisión exigido por la Constitución...”.

Considera que en este sentido se desconoció igualmente el artículo 158 superior que establece el principio de unidad de materia por cuanto el Congreso transfirió sus potestades legislativas en forma indeterminada sobre una gran cantidad de materias sin atender dicho principio superior.

3.1.2 En subsidio, el actor solicita la declaratoria de inexecutable del Decreto 1750 de 2003 por haber sido proferido contra el mandato expreso del artículo 20 de la Ley 790 de 2002 que prohibió suprimir el Instituto de los Seguros Sociales.

En ese sentido, afirma que “...lo que realmente hizo el legislador extraordinario fue violar el mandato citado en el artículo 20 que dispuso “reestructurar” en vez de suprimir o escindir la entidad llamada ISS, obrando en contravía de la ley de facultades que le prohibió suprimir, liquidar o fusionar el ISS...”.

3.1.3 En subsidio, el actor solicita la declaratoria de inexecutable del Decreto 1750 de 2003 por considerar que se desbordaron las facultades extraordinarias conferidas, por cuanto el Gobierno no estaba facultado para escindir el Instituto de los Seguros Sociales. Afirma que “De haber querido entregarle la posibilidad de escindir el ISS, así lo habría dicho expresamente el Congreso”.

3.1.4 En subsidio, el actor solicita la declaratoria de inexecutable del Decreto 1750 de 2003 por considerar que se vulneraron los principios de buena fe y concertación (art. 83 C.P.). Al respecto afirma que el Gobierno desconoció el Acuerdo Integral suscrito con las organizaciones sindicales de la entidad que establecía “la unidad de empresa del ISS”. Considera que cuando el Gobierno actúa como Legislador extraordinario “debe utilizar sus facultades con absoluto apego a los acuerdos, compromisos contractuales y convenciones que el Estado hubiere celebrado, puesto que esto es un desarrollo del principio de buena fe”.

### 3.2 Cargos específicos contra algunos artículos del Decreto 1750 de 2003

En subsidio de la pretensión principal de declaratoria de inexecutable de la totalidad del Decreto 1750 de 2003, solicita que: “se declare la inexecutable parcial del decreto” en relación con los artículos 1, 3 (parcial), 4 (parcial), 6 (parcial), 8 (parcial), 9 (parcialmente los numerales 4, 9 y 14), 11 (parcial), 12 numeral 5, 15 (parcial), 16, 17 (parcial), 18 (parcial), 19 (parcial), 20 numerales 1 y 2 y el parágrafo 1 (parcialmente), el artículo 24 y el artículo 26.

3.2.1. Afirma que el artículo 1° del Decreto 1750 de 2003 vulnera los artículos 150 numerales 1, 2 y 10 y 58 superiores, toda vez que éste: “...ordenó la escisión del ISS y suprimió de ésta entidad las funciones y objetivos relacionados con el servicio público de la atención en salud (artículo 49 de la Carta) y lo despojó de la totalidad de los bienes económicos que integran la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las Clínicas y todos los Centros de Atención Ambulatoria. Al suprimir de esa entidad las funciones y objetivos aludidos y su propiedad sobre los bienes mencionados, se obró contra la expresa prohibición del artículo 20 de la ley de facultades que dispuso: “En desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública el Gobierno Nacional no podrá suprimir ...el Instituto de Seguros

Sociales (ISS)". Obviamente, este ente no se podía suprimir total ni parcialmente..."

Igualmente señala que el artículo 1° del Decreto 1750 de 2003 es inconstitucional, toda vez que sin estar facultado el Gobierno para ese fin, modificó el párrafo del artículo 155 de la Ley 100 de 1993, suprimiendo en consecuencia al ISS las funciones relacionadas con la prestación de los servicios de salud, pese a que la Ley 100 de 1993 y las disposiciones legales que crearon y reestructuraron esa entidad le asignaron las funciones que el legislador temporal le suprimió a través de la figura jurídica de escisión, situación que da lugar a un exceso de facultades del Gobierno Nacional.

A su juicio el artículo 1° también es inconstitucional toda vez que en esa norma se ordenó escindir del ISS la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las Clínicas y todos los Centros de Atención Ambulatoria: "...con el fin de entregarle esa riqueza a otros entes, que como el ISS, tienen patrimonio propio, personalidad jurídica y autonomía administrativa conformado por los aportes de los trabajadores y de los empleadores particulares, y de algunos trabajadores oficiales, desconociendo así la garantía que al derecho de propiedad le otorga el artículo 58 de la Constitución Política. Mediante el cuestionado artículo y las disposiciones subsiguientes del decreto demandado, se le quitó a una persona jurídica (ISS) la propiedad sobre un conjunto de bienes económicos, sin indemnización, para lo cual no estaba expresamente facultado el Presidente de la República".

Enfatiza que el Estado no es el dueño de la riqueza conformada con aportes parafiscales y, además el Gobierno no estaba autorizado para disponer tal despojo, pues en ninguna parte se establece en la Ley 790 de 2002 esa facultad extraordinaria.

3.2.2 Estima que el artículo 3 del Decreto 1750 de 2003 es inconstitucional: "... en la parte que definió como "esencial" el servicio que van a prestar las nuevas empresas "especiales" que creó el Gobierno, porque conforme al artículo 56 de la Constitución Política los servicios públicos que tienen el carácter de "esenciales" los define "el legislador" ordinario, vale decir el Congreso, salvo que éste otorgue precisas y expresas facultades extraordinarias al Gobierno para ese fin, lo cual no ocurrió en este caso, pues en parte alguna los numerales d), e), f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, invocadas para expedir el decreto cuestionado, traslada al Presidente de la República la facultad reservada al Congreso por el artículo 56 de la Carta. Al respecto cita un aparte de la sentencia C-725 de 2000.

3.2.3 Considera que el artículo 4, numerales 6 de la norma acusada, vulnera el artículo 13 constitucional.

Al respecto afirma que dicho numeral establece como función de las nuevas entidades la de contratar las personas jurídicas constituidas por los exfuncionarios del ISS o de las que estos hagan parte que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración de la entidad, por tanto: "...al excluir implícitamente la contratación con otras personas jurídicas y con personas naturales, que estén en iguales o mejores condiciones de prestar correctamente los servicios de salud necesarios, viola el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas, conforme al artículo 13 de la Carta. Además, porque si los servicios de salud que prestan esos funcionarios son necesarios para el correcto funcionamiento de la entidad, el legislador no puede autorizar anticipadamente que sean

desvinculados laboralmente dentro de ningún proceso de reestructuración para después volverlos a contratar pero sin vínculo laboral, porque ello atenta contra la protección especial al trabajo y a la estabilidad laboral...”.

Destaca que en ese mismo sentido violan la Constitución Nacional el artículo 9 numeral 4, el artículo 12 numeral 5, que establecen similares previsiones a las estipuladas en el numeral 6 del artículo 4 acusado.

3.2.5 Afirma que el numeral 10 del artículo 4 acusado, viola la Carta Política, cuando establece que las Empresas Sociales del Estado tendrán como objetivos y funciones generales “Las demás que de acuerdo con su naturaleza y funciones le sean asignadas conforme a las normas legales”, pues “...ninguna autoridad diferente al legislador puede adicionar ni corregir su voluntad para variarle sus funciones, asignándole otras. Otorgar la facultad, indeterminada en el tiempo, a otras autoridades, que la norma no señala, para que le asignen “conforme a las normas legales” otras funciones a estos nuevos entes, es desbordar el marco preciso de las facultades que temporalmente recibió el Gobierno”.

3.2.6 Manifiesta que el párrafo 3 del artículo 8, contenido en el Decreto 1750 de 2003 vulnera el artículo 128 constitucional, toda vez que, autorizó pagarle honorarios a los servidores públicos miembros de las juntas directivas de los nuevos entes creados que son la mayoría, prohibición que establece la citada norma superior: “... y aunque el canon constitucional permite al legislador establecer excepciones, tal facultad de excepcionar no le fue transferida al Presidente en los literales que invocó para expedir esta disposición; ni se puede entender que es posibilidad estaba implícita, porque la Corte Constitucional ha enseñado que no es viable ese modo de transferir la potestad legislativa...”.

3.2.7 En lo que tiene que ver con el numeral 9 del artículo 9, manifiesta que es contrario a la Constitución toda vez que: “...determina que la junta sólo puede fijar “honorarios” al Revisor Fiscal, pues tal mandato excluye la posibilidad de que este servidor pueda tener el carácter de empleado público o de trabajador oficial, condición que sí puede ostentar quien desarrolla tales funciones en otras entidades u organismos del Estado, y por este camino de la prohibición implícita se viola el principio de igualdad...”.

En ese sentido considera también que: “...si los servicios personales de revisoría fiscal que prestan esas personas son necesarios para el correcto funcionamiento de la entidad, el legislador no puede vetar anticipadamente que sean vinculados laboralmente, porque ello atenta contra la protección especial al trabajo y a la estabilidad. Por este camino de vetar anticipadamente la vinculación laboral de los servidores estatales, no tardará el Programa de Reestructuración del Estado en buscar una reforma constitucional para que ciertos entes “Designen y fijen los honorarios” de Contralores, Auditores, Magistrados, jueces, etc., con lo cual habrán desaparecidos las bases fundamentales de la organización pública, ahogadas bajo el alud de la privatización de todas sus actividades y servicios...”.

3.2.8 Señala que el numeral 14 del artículo 9 es inconstitucional al relacionarlo con el artículo 12, numeral 9 del Decreto 1750 de 2003, pues el numeral 14 establece que las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado que crea el Decreto demandado tendrán como objetivos y funciones generales las demás que le señalen los reglamentos, previsión que no se contempló en el numeral 19 del artículo 12, que se refiere solamente a las funciones de

tales empresas. Así pues, considera que es claro que en el primer caso hubo un absurdo, pues: "...ninguna autoridad de las que expiden reglamentos, diferente al legislador, puede adicionar ni corregir la voluntad legal para variarle las funciones a estos entes, asignándole otras que no consten en la ley o los estatutos expedidos en desarrollo de su autonomía administrativa. Otorgar la facultad que contempla el artículo 9 numeral 14, indeterminada en el tiempo, a otras autoridades reglamentarias, que la norma no señala, para que le asignen nuevas funciones a las juntas directivas de estos entes recién creados, es desbordar el marco preciso de las facultades que temporalmente recibió el Gobierno..."

3.2.9 Considera que el artículo 11 del Decreto 1750 de 2003 vulnera el artículo 125 superior, en la medida que estipuló un periodo no institucional para los gerentes de las nuevas empresas creadas, porque el artículo constitucional referido como fue modificado por el artículo del Acto Legislativo 01 de 2003 que le adicionó un párrafo estableció que: "... Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales...", 2<sup>a</sup> previsión que a su juicio sí la tuvo el Gobierno Nacional al referirse a los periodos de los miembros de las juntas directivas de los nuevos entes, pero no al cargo de gerente.

3.2.10 Afirma que las expresiones "la escisión del Instituto de los Seguros Sociales y" contenida en el artículo 15 del Decreto 1750 de 2003, en cuanto se refiere a la escisión del ISS contradice lo dispuesto en los artículos 150 numerales 1, 2 y 10 por las mismas razones que el artículo 1<sup>o</sup> del Decreto demandado.

3.2.11. En relación con el artículo 16 de la norma acusada estima que éste vulnera el artículo 150 numerales 1, 2 y 10, así como el artículo 58 constitucional, reformado éste último por el Acto Legislativo 01 de 1999, toda vez que el Gobierno sin estar facultado para ello "...cambio la naturaleza jurídica de la vinculación de los trabajadores oficiales del ISS que, fueron "automáticamente" transferidos a las empresas "especiales" creadas en el decreto para que estos nuevos entes siguieran cumpliendo las mismas funciones que en materia de salud ha venido cumpliendo el ISS. En este punto hay un desbordamiento del Ejecutivo en el ejercicio de la potestad temporal de legislar sobre materias precisas y con objetivos determinados.

En ese orden de ideas destaca que: "...Los derechos que emanan de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza, están protegidos por el artículo 58 de la Constitución Política, en la forma como fue reformado por el Acto Legislativo 01 de 1999 y desconocerlos es inconstitucional. De otra parte, si los titulares de tales derechos contractuales, tienen además los derechos derivados de un contrato colectivo o convención colectiva, como es el caso de los trabajadores oficiales del ISS, esos derechos laborales tienen una protección constitucional especial, superior a la de los meros derechos civiles..."

3.2.12 Afirma igualmente que el artículo 17 (parcial) y el artículo 18 en su párrafo contenidos en la norma acusada, violan el artículo 122 superior, toda vez que se dispuso el ingreso "automáticamente" de los trabajadores oficiales del ISS a las nuevas empresas "especiales", en calidad de empleados públicos, es decir, sin precisar previa y detalladamente las funciones asignadas a cada uno, en cada cargo y sin tener que satisfacer exigencia alguna para asumir su nueva condición. Así pues, en el Decreto acusado: "...no

se crearon las plantas de personal de los nuevos entes, obviamente por sustracción de materia no se les asignaron detalladamente funciones a los cargos de los empleados públicos que incorporó “automáticamente”, y por la misma causa, para ingresarlos de ese modo tan abrupto, no estaban previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente de cada una de las nuevas empresas, pues éstas ni siquiera tenían aún aprobados sus respectivos presupuestos.

3.2.13 Afirma que el aparte acusado del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 vulnera los artículos 25, 53, 55, 56, 58 y 83 superiores, así como los Convenios Internacionales 87, 98, 151 y 154, toda vez que: “...sin estar autorizado por la ley de facultades para cambiar el régimen laboral de todos ni de una parte de los trabajadores oficiales del ISS, el Gobierno les cambió el régimen salarial y prestacional por el de empleados públicos, Ignoró el Gobierno que las facultades del legislador extraordinario no le permitía desbordarse hasta el punto de legislar en materia laboral para desconocer los legítimos derechos de quienes están jurídicamente amparados por sus respectivos contratos individuales y por una Convención Colectiva de Trabajo.

En esa medida considera que: “...No estaba el ejecutivo autorizado por el Congreso para violentar tales vínculos jurídicos, ni para esterilizar tales derechos respecto de todos los trabajadores oficiales que mediante el mecanismo de la suspensión de funciones o “escisión” del ISS, pasó a las nuevas empresas como empleados públicos. La Honorable Corte Constitucional observará como a través de estas nuevas Empresas Sociales del Estado se logra el desconocimiento de los derechos contractuales y convencionales de los servidores del ISS, lo cual constituye un quiebre al ordenamiento jurídico laboral público, al amparo constitucional de los derechos contractuales y convencionales y al principio de la buena fe en el desarrollo de las relaciones jurídicas contractuales y convencionales, que quedan al garete del legislador, pese a las limitaciones impuestas en la Carta...”.

3.2.14 Considera que las expresiones “de las Empresas sociales del estado creadas por el presente decreto” contenidas en el artículo 19 del Decreto 1750 de 2003 vulneran el artículo 150 numerales 1, 2 y 10, por cuanto aluden a la creación de unas empresas que fueron el resultado de la supresión de una parte del Instituto de los Seguros Sociales, contrariando la expresa prohibición contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002.

3.2.15 Afirma que los numerales 1 y 2, del artículo 20 y el artículo 26 del Decreto 1750 de 2003, son inconstitucionales porque sin estar facultado para ello el Legislador integra con bienes el patrimonio propio de las nuevas empresas y (...) despoja al ISS de una parte de su patrimonio, además que se le obliga a transferir sus bienes a otras personas jurídicas, violentando el amparo constitucional de propiedad...” con lo que se vulneraría tanto el artículo 150 numerales 1, 2 y 10, como el artículo 58 superiores.

Así mismo considera que la expresión “o en su defecto contratará el servicio” contenida en el párrafo 1° del artículo 20 referido desconoce la protección especial del trabajo (arts 25, 53 y 54 C.P.) en tanto faculta para contratar externamente el inventario de los bienes, que es una labor propia de toda entidad pública y que por lo tanto debe adelantarse con su personal de planta, o sea con servidores que tengan el carácter de empleados públicos o de trabajadores oficiales. Afirma concretamente que “...esa autorización constituye una

violación a la Carta, porque el legislador no puede facultar anticipadamente que esa función la desempeñen personas sin vínculo laboral, porque ello atenta contra la protección especial al trabajo ...”.

3.2.16 Afirma que el artículo 24 del Decreto 1750 de 2003, vulnera la Constitución porque: “...sin estar facultado por el Congreso para ello, se obliga al ISS a contratar íntegramente la prestación de los servicios de salud, pese a que ese instituto tiene como uno de sus objetivos institucionales prestar directamente tales servicios, hasta donde sus propios recursos humanos y físicos se lo permitan y que por voluntad del legislador el ISS tiene autonomía administrativa y patrimonio propio. En subsidio solicita “que se decrete la inconstitucionalidad de la parte que obliga al ISS a contratar exclusivamente “con las empresas de que trata el presente decreto, de acuerdo con el portafolio de servicios que estén en capacidad de ofrecer, y, por un término máximo de treinta y seis (36) meses, contados a partir de la vigencia del mismo...”.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 4.1. Intervención Ciudadana

###### 4.1.1 Ciudadano Wilson Alfonso Borja Díaz

El ciudadano en mención, intervino en el presente proceso con el fin de coadyuvar la demanda, a partir de las razones que a continuación se sintetizan.

Afirma que los argumentos planteados en la demanda presentada por el actor contra el Decreto 1750 de 2003, resultan suficientes para que se declare inexecutable la totalidad de la norma acusada.

No obstante, considera pertinente hacer énfasis en que: “...La decisión que habrá de tomar la Corte Constitucional en este caso, constituye una pauta jurisprudencial para determinar el alcance del principio de la buena fe en el cumplimiento de los acuerdos de voluntad del Estado y los terceros, sean estos integrantes de su NACIÓN o de la comunidad internacional.

El artículo 83 de la Constitución Política establece que la buena fe es un principio constitucional y desde el mismo Preámbulo de la Carta se observa que esa es la base sobre la cual subsiste una Nación digna y un verdadero Estado de Derecho...”.

En este sentido considera que la ruptura de la unidad del Instituto de Seguros Sociales es contraria a lo acordado en el Acuerdo Integral, cuya esencia es la preservación de la unidad del ISS por lo que la actuación en contrario por parte del Gobierno quebranta el principio de la buena fe y se asume una posición normativa incompatible con la dignidad nacional, toda vez que: “...Si no hay respeto por los acuerdos, se torna imposible la eficacia de un marco jurídico, característico del Estado de Derecho; y de contera carece de soporte el principio de la participación democrática, resulta imposible impulsar la integración de la comunidad latinoamericana y se atenta contra el bienestar nacional...”.

Aduce además que la norma acusada viola la Constitución Nacional toda vez que la decisión de escindir el Instituto de los Seguros Sociales “envuelve el desconocimiento de la Convención Colectiva de Trabajo que amparaba A TODOS LOS TRABAJADORES OFICIALES de

la mencionada entidad, así convertidos en “empleados públicos”, puesto que los mismos empleados, desempeñando las mismas funciones, quedan sometidos a un régimen laboral diferentes al acordado en la Convención Colectiva de Trabajo, dado que la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han sentado la jurisprudencia de que los empleados públicos no tienen derecho a la negociación colectiva...”.

#### 4.1.2. Ciudadano Julio Alexander Mora Mayorga

El ciudadano en mención, intervino en el presente proceso con el fin de coadyuvar la demanda presentada por el actor, de conformidad con los argumentos que se resumen a continuación.

Afirma que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1750 de 2003 desconoció los acuerdos celebrados previamente al ejercicio de las facultades extraordinarias entre los trabajadores del ISS y el Estado Colombiano, pues al convertir a los servidores estatales en empleados públicos desconoció sus derechos convencionales y los privó del derecho constitucional a la negociación colectiva.

Estima que la naturaleza jurídica de los empleados afectados antes de la expedición del Decreto demandado era la de trabajadores oficiales, pero con el cambio de naturaleza del antiguo ISS, los servidores públicos dejan de ser trabajadores oficiales para convertirse en empleados públicos perdiendo en consecuencia sus derechos laborales derivados del régimen que conservan sus otros compañeros del ISS, de forma tal que, la Ley 790 de 2002 si bien permite racionalizar la organización y el funcionamiento de la administración pública no puede con el fin de lograr esos objetivos sacrificar la fuerza vinculante de los acuerdos celebrados por el Estado, más aún si se considera que parte de ellos era la preservación del ISS.

En ese sentido concluye que: “...no es constitucional usar una facultad extraordinaria para revestir de juridicidad aparente el incumplimiento de los acuerdos celebrados...”, toda vez que ese ejercicio abusivo de la potestad de legislar genera inestabilidad jurídica en las relaciones del Estado, no solo en el ámbito del empleador-trabajador, sino en todos los demás campos de las relaciones jurídicas que tengan como origen el acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho, pues el Estado abusando de su potestad legislativa podría cambiar la naturaleza jurídica de los diferentes sujetos haciéndoles nugatorio el derecho derivado del acuerdo de voluntades.

#### 4.1.3. Universidad Santo Tomás

La Decana de la Facultad de Derecho de la citada entidad atendiendo la invitación formulada por esta Corporación remitió el concepto emitido por el docente Juan José Rodríguez Beltrán, donde solicita la declaratoria de constitucionalidad de las normas demandadas, con base en los argumentos que se resumen a continuación.

Señala que el Decreto acusado fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso mediante la Ley 790 de 2002, en consecuencia: “...está claro que el Gobierno “legisló” oportunamente, esto es, dentro del

plazo de los seis meses, pues el Decreto atacado se expidió el 26 de Junio/03 y las facultades fueron precisas, pues la ley de facultades, la 790, se expidió para “adelantar el programa de renovación de la administración pública”, primero y luego, para “escindir entidades u organismos administrativos” y eso, precisamente, fue lo que hizo el ejecutivo al expedir el Decreto 1750 de 2003...”.

En ese orden de ideas aduce que el Gobierno Nacional adicionalmente utilizó las facultades otorgadas por la Ley 790 de 2002, en los literales e), f) y g) del artículo 16, que complementan los efectos de la escisión ordenada.

Recuerda que: “...es del conocimiento público y general, la grave crisis financiera y de cobertura de los servicios, que soporta el sector salud en Colombia y entonces, la urgente necesidad que tiene el Gobierno de reestructurarlo, para lograr eficiencia y eficacia. Lo anterior aconseja, por conveniencia pública, que los hospitales y entidades similares, se manejen con autonomía y a nivel gerencial, por resultados, para cubrir las inmensas necesidades de la masa nacional y, complementariamente, para que las entidades pensionales, cumplan dicha función de manera independiente, eficiente y especializada y eso, supone, fue lo que buscó el ejecutivo, al provocar la escisión...”.

Manifiesta que toda la situación antes descrita puede entenderse como uno de los objetivos de la reforma administrativa y de las escisiones autorizadas, tal y como se encuentra descrito en el parágrafo 1 del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 al señalar que las facultades conferidas al Presidente serán ejercidas con el propósito de racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública o con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera.

En ese sentido señala que: “...el Congreso, al expedir la ley de facultades, cumplió con los requisitos exigidos por la Constitución y el Gobierno, al ejercerlas, lo hizo ajustado a la ley de autorizaciones, de facultades y sin excederlas, pues en ningún momento suprimió el ISS, solo lo dividió, lo escindió, sin liquidarlo, fusionarlo o quitarle su capacidad operativa o su funcionalidad...”, de forma tal que, la escisión no es un fenómeno jurídico que se oponga a la reestructuración, contrario sensu lo coadyuva facilitando las actividades de reorganización administrativa.

Finalmente argumenta que de conformidad con las previsiones de la Ley 489 de 1998 y del artículo 189 constitucional, numerales 14, 15 y específicamente el 16, autorizó al Presidente de la República, para modificar, es decir, variar, transformar o renovar la organización de la administración pública a nivel nacional: “...Luego si puede modificar, fusionar, suprimir, para reestructurar, es claro que puede ESCINDIR, para los mismos fines. Y así lo hizo en el Decreto 1750, materia de la demanda, previas las facultades expresas y precisas, otorgadas por el legislador, conforme al artículo 150 superior...”.

## 4.2 Intervención de autoridades públicas

### 4.2.1 Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público Alberto Carrasquilla Barrera participa en el presente proceso para solicitar la declaratoria de exequibilidad de las normas acusadas, a

partir de los fundamentos que a continuación se sintetizan.

Aclara que la demanda funda la inconstitucionalidad del Decreto 1750 de 2003 en la inconstitucionalidad del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 atribuyéndole dos vicios: la imprecisión de las facultades conferidas por el Congreso al Gobierno Nacional y la violación de la unidad de materia de la Ley habilitante; además, el Gobierno al solicitar las facultades extraordinarias no demostró que existiera una situación excepcional que hiciera necesario el traspaso de la facultad legislativa del Congreso y por tanto las facultades fueron pedidas en forma abstracta sin expresar que lo pretendido era la escisión del Seguro Social.

Señala que la jurisprudencia constitucional ha manifestado que no se requiere que el legislador describa expresamente los asuntos sobre los que el ejecutivo puede legislar, pues sería tanto como proferir directamente la ley, por tanto la precisión de facultades se refiere es al señalamiento claro de la materia y la finalidad que se debe perseguir. Al respecto cita las sentencias C-032 de 1999 y C-1028 de 2002.

En ese orden de ideas considera que: "...Es equivocado por tanto, afirmar que las facultades son imprecisas porque la ley guardó absoluto silencio sobre los objetivos que el legislador extraordinario debía buscar. Por el contrario, el artículo 16 cuestionado sí definió qué podía hacer el Gobierno y para qué debía hacerlo...", de forma tal que, las facultades fueron amplias pero precisas, circunstancia que permitió la habilitación necesaria para que a través del Decreto 1750 de 2003 se pudiera dividir el ISS y crear nuevas entidades que asumieran las funciones escindidas y determinar sus objetivos y estructura orgánica, contribuyendo con ello al cumplimiento del objeto que señaló la ley como condición para ejercer las facultades, ente ellas garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación.

En relación con el principio de unidad de materia afirma que: "...la apreciación del censor es igualmente equivocada, pues como es fácil apreciar, el artículo 16 de la Ley 790 de 2002 al conceder las facultades del legislador al ejecutivo, se ocupó de una única materia, la renovación de la administración pública nacional; de su lectura se evidencia que todas las facultades otorgadas se orientaron a ese propósito..."

Así mismo, aduce que en relación con la necesidad de las facultades y el hecho de que expresamente no se hubieran solicitado para escindir el ISS, basta leer el documento de solicitud de facultades y la exposición de motivos para determinar que tanto en el Gobierno Nacional como en el Congreso siempre estuvo presente la necesidad del otorgamiento de facultades extraordinarias para el propósito de renovar la estructura de la Administración Pública Nacional.

Manifiesta que en relación con el cargo formulado por la presunta vulneración del artículo 20 de la Ley 790 de 2002, no es cierto que se hayan suprimido en el Instituto de Seguros Sociales las funciones y objetivos relacionados con el servicio público de atención en salud.

En ese sentido el Decreto 1750 de 2003 no ordenó en ningún momento suprimir ni liquidar el ISS ni parte de él, todo lo contrario las dependencias que fueron escindidas se transformaron en nuevas empresas, y la división que se hizo comprendió no solamente las funciones que ésta tenía sino sus recursos humanos y físicos, toda vez que lo que se dispuso fue su escisión.

Considera entonces que el actor entiende erróneamente el concepto de escisión pues éste considera que la escisión implica la supresión y liquidación de la entidad, cuando en realidad ésta figura jurídica permite que una entidad sin disolverse se divida para separar algunas actividades de explotación económica. En ese orden de ideas: “...Es evidente que el Instituto de Seguros Sociales sigue existiendo y que la actividad que fue escindida tampoco se suprimió o liquidó sino que permanece en cabeza de nuevas Empresas Sociales del Estado que fueron creadas para el efecto...”.

Igualmente afirma que no es cierto como lo afirma el actor que el Gobierno Nacional no estuviera facultado para escindir el ISS, pues así no fue previsto expresamente en la Ley 790 de 2002, más aún si se tiene en cuenta que la citada entidad es un organismo creado por la ley, que hace parte de la Administración Pública y por tanto está comprendido dentro de las entidades que puede escindir el Gobierno. Así pues: “...No se requería como lo pretende el censor, que la ley identificara una por una las entidades y organismos que podían ser sujetos de escisión, pues ello era una tarea que debía desarrollar el ejecutivo en el ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas para renovar la estructura de la Administración Pública Nacional, de acuerdo con las necesidades y con el propósito de racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública o de garantizar la sostenibilidad de la Nación...”.

Estima además que la voluntad legislativa de dar un margen de discrecionalidad al Gobierno con el fin de determinar las entidades y organismos que debían ser objeto de escisión, se evidencia en el texto del literal d) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 en el que se mencionan indistintamente entidades y organismos, sin identificarlos. Además, cabe destacar que el artículo 20 de la Ley 790 de 2002 no estableció la prohibición de escisión frente a las entidades allí previstas, únicamente estipuló la prohibición de supresión, liquidación y fusión de las mismas.

Destaca que tampoco es cierto que el Gobierno Nacional haya desconocido un “Acuerdo Integral” pactado con el sindicato de los servidores del ISS, en el que se pactó la unidad de empresa del ISS y que como consecuencia de esa conducta se hayan vulnerado los principios de concertación y buena fe, toda vez que, el citado acuerdo no es entre el ISS empleador y su sindicato con el fin de solucionar conflictos de trabajo, sino que se trata de un catálogo de propósitos del Gobierno Nacional, el ISS y su sindicato con la finalidad de rescatar al ISS de su difícil situación económica, derivada de lo precario de su organización y funcionamiento administrativo y financiero que le impide cumplir con su función social.

Asevera entonces que no existe violación alguna al principio de concertación laboral, toda vez que los propósitos consignados en el Acuerdo referido con de alcance político de estructura de la Administración Pública, en materias en que el Estado es soberano y por tanto no son fuente de derechos, más aún: “...el Acuerdo no puede limitar las competencias del legislador, de definir la estructura de la administración para buscar las medidas más adecuadas al cumplimiento de sus fines...”.

En relación con el principio de la buena fe considera que el fracaso en la realización de los propósitos del Acuerdo Integral no es imputable a la Administración y por ello el legislador extraordinario legítimamente en aras del interés general podía buscar mecanismos

diferentes para preservar la prestación del servicio público de salud en los términos que prescribe la Constitución.

Estima que el artículo 1 del Decreto 1750 de 2003 no vulnera el artículo 58 superior, toda vez que, el Decreto referido en ningún momento ordena la liquidación del ISS, la expropiación sus bienes, ni tampoco el cambio de destinación de su patrimonio pues éste continua destinado a seguridad social, sobre todo si se tiene en cuenta, que ningún precepto constitucional prohíbe reestructurar los organismos públicos cuyo objeto sea la seguridad social.

En ese sentido destaca que: "...El traspaso de bienes muebles e inmuebles y demás recursos, así como de clínicas y centros ambulatorios del Instituto, afectos a la prestación de las funciones escindidas, es pues una consecuencia obligatoria de la escisión de la entidad y no podría entenderse la habilitación al ejecutivo para escindir entidades de la administración pública, sin la habilitación para disponer qué bienes se dividen y traspasan...", de forma tal que, la división patrimonial es lo que distingue la figura de la escisión de la simple redistribución de funciones entre entidades públicas.

Afirma que el artículo 3 del Decreto acusado no es inconstitucional, pues basta leer el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, que califica como esencial el servicio público de seguridad social; calificación que es reiterada en el inciso segundo del artículo 4 y en el artículo 157 contenidos en la misma Ley, situación que permite concluir que el legislador extraordinario sólo repitió una estipulación legal anterior.

En relación con el numeral 6 del artículo 4 contenido en el Decreto 1750 de 2003, afirma que éste no vulnera el artículo 13 superior, pues: "...El numeral 6 cuestionado claramente señala que su finalidad es la de permitir la correcta prestación del servicio de salud, aprovechando la experiencia de las personas que anteriormente lo prestaban, de manera que lo que señala es un sano criterio de contratación en donde debe primar la calificación del contratista para la adjudicación de un servicio...".

Afirma que el artículo 8 del Decreto 1750 de 2003 no vulnera el artículo 128 superior, en la medida en que ésta norma constitucional: "...permite el precepto que el legislador determine casos de excepción y entre las normas de excepción vigentes, se encuentra la del literal f) del artículo 19 de la Ley 4 que exceptúa precisamente los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas...".

Manifiesta que el numeral 9 del artículo 9 contenido en el Decreto acusado no vulneran el artículo 13 superior, por el hecho de que se faculte a la Junta Directiva para fijar los honorarios del revisor fiscal, pues el ejercicio de la función pública de conformidad con el artículo 123 superior no es exclusivo de los servidores públicos pues de conformidad con la Ley los particulares también pueden ejercerla, de forma tal que: "...la vinculación al Estado para el ejercicio de la función pública, bien puede ser laboral o contractual administrativa, sin que ello desconozca el derecho al trabajo al cual también tiene derecho los trabajadores independientes, ni el principio de igualdad consagrado en la norma fundamental...".

Considera que los artículos 11 y 12 del Decreto 1750 de 2003 no vulneran ningún precepto constitucional, respecto del primer artículo, toda vez que el cargo del demandante corresponde a una apreciación equivocada respecto del significado del artículo 125 superior

que señala periodos institucionales para los cargos de elección popular, no para cargos de elección de corporaciones o autoridades. En relación con el segundo artículo se debe dar aplicación a las mismas razones expuestas frente al numeral 6 del artículo 4 del Decreto acusado.

Manifiesta que el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003 no es inconstitucional pues no estipula ningún tipo de discriminación, pues lo único que hizo fue seguir el tradicional criterio orgánico y de conformidad con lo ya dispuesto por el legislador ordinario, clasifica a los servidores de las nuevas ESE que se crearon raíz de la escisión del ISS, en la misma forma como están clasificados en las restantes Empresas Sociales de Salud, de forma tal que: "...La categorización de los servidores que se hace en el artículo 16 acusado, no es sino una consecuencia de la creación de las nuevas entidades dentro de la estructura del Estado, luego de la escisión del ISS, y de la facultad que tiene el legislador para reestructurar al Estado y para definir el régimen laboral de sus diferentes organismos y entidades, facultad ésta que no puede estar limitada por consideraciones distintas a la buena prestación del servicio público y el bienestar de la comunidad...". Al respecto cita un aparte de la sentencia C-262 de 1995.

En ese sentido estima que el artículo 16 tampoco vulnera el artículo 58 superior, toda vez que los derechos adquiridos se han entendido jurisprudencialmente como aquellos que ingresan al patrimonio de una persona y por tanto no pueden ser desconocidos por una ley posterior, de forma tal que, la naturaleza del vínculo laboral con el Estado no es un derecho que pueda incorporarse al patrimonio de un servidor público en particular, sobre todo si se considera que en el caso de las ESEs la regulación legal de las distintas relaciones laborales es potestativa del legislador y a ella no se adquiere derecho alguno, por consiguiente, su modificación hacia el futuro no viola los derechos adquiridos y es una consecuencia de las cambiantes circunstancias económicas y sociales que hacen necesaria la reestructuración del Estado. Cita como sustento de sus aseveraciones un aparte de la sentencia C-262 de 1995.

Reitera que la transformación de la relación laboral de trabajadores oficiales a empleados públicos no vulnera en forma alguna los derechos adquiridos con anterioridad por los servidores y permite aliviar para el futuro la enorme carga laboral que pesaba sobre los costos de la prestación del servicio de salud por parte del ISS, por consiguiente, la escisión del Instituto no hubiera tenido objetivo alguno si se hubiera conservado la clasificación de sus servidores en las nuevas entidades, cuya viabilidad depende del aligeramiento de la carga fiscal que implicaría mantener el régimen convencional de los antiguos servidores.

Así pues, estima entonces que: "...Si bien no puede negarse que a pesar de haberse preservado para los servidores incorporados el mismo nivel salarial en la relación laboral, sus prestaciones sociales convencionales se verán disminuidas en el futuro por el cambio de naturaleza del empleo, ello es consecuencia necesaria de la naturaleza de las entidades que se crean, pues los empleados públicos no pueden tener prestaciones sociales diferentes a las determinadas concurrentemente entre el legislador y el ejecutivo en desarrollo de la ley marco; pero además era una medida absolutamente necesaria para garantizar la prevalencia del interés general, pues era la única forma de aliviar las cargas financieras en las nuevas entidades que de otra forma no tendrían ninguna viabilidad. Haber conservado la clasificación de los servidores como trabajadores oficiales con la pesada carga convencional,

sólo hubiera significado multiplicar el problema financiero que sufría el Instituto de Seguros Sociales, agravando la situación de la prestación del servicio de salud...”.

Asevera que el artículo 17 del Decreto acusado no vulnera el artículo 122 superior, pues la incorporación automática que ordena la Ley se efectúa en las plantas de personal de las respectivas empresas, plantas que fueron conformadas simultáneamente con la escisión, como puede verificarse con los Decretos 1755, 1757, 1759, 1762, 1764, 1766 y 1768 del 26 de junio de 2003.

En ese sentido considera que: “...los servidores del Instituto de Seguros Sociales que prestaban sus servicios en la Vicepresidencia, Clínicas y Centros Ambulatorios escindidos, debían ser incorporados a las nuevas Empresas Sociales del Estado no en forma discrecional por parte del nominador, sino en forma obligatoria, por virtud de la ley, sin solución alguna de continuidad y sin requerir nombramiento ni posesión, como quiera que seguirían desempeñando las mismas funciones que desempeñaban en el ISS...”, de forma tal que, se buscó preservar por una parte la estabilidad laboral de los antiguos servidores y por otra, garantizar la prestación ininterrumpida del servicio público de atención de la salud que prestaba el Instituto de Seguros Sociales.

Aduce que el artículo 18 del Decreto acusado, no vulnera ningún precepto constitucional, toda vez que, el Gobierno Nacional fue investido de facultades extraordinarias no sólo para escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley, sino también para crear las entidades u organismos que se requieran con el fin de desarrollar los objetivos que cumplían las entidades que se escindan, y para señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de la escisión. En ese sentido: “...la atribución de facultades extraordinarias para la creación de una entidad, y el señalamiento de su estructura orgánica, implica necesariamente la facultad de definir el régimen laboral de sus servidores...”.

En relación con los numerales 1 y 2 y el párrafo del artículo 20, así como el artículo 26 contenidos en el Decreto 1750 de 2003, afirma que al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 9 del Decreto referido se explicó que el ejercicio de la función pública de conformidad con el artículo 123 superior no es exclusivo de los servidores públicos, pues de acuerdo con la Ley también los particulares pueden ejercerla y por ello la forma de vinculación al Estado para el ejercicio de la función pública bien puede ser laboral o contractual administrativa sin que ello implique el desconocimiento de ningún precepto constitucional.

Finalmente estima que no puede pronunciarse en relación con el artículo 24 del Decreto acusado, toda vez que el demandante no señala el precepto constitucional que considera vulnerado con esa norma.

#### 4.2.2 Ministerio del Interior y de Justicia

Ana Lucia Gutiérrez Guingue en calidad de Directora del Ordenamiento jurídico del Ministerio de Interior y de Justicia, interviene en el presente proceso y solicita la declaratoria de exequibilidad de las normas acusadas, con base en las razones que a continuación se sintetizan.

La interviniente estima que la Corte debe declararse INHIBIDA para pronunciarse en relación con el cargo formulado por el actor mediante el que afirma que el Decreto 1750 de 2003 es inconstitucional en su integridad por inaplicabilidad de las facultades extraordinarias, toda vez que: "...el fondo del asunto se refiere a la presunta inconstitucionalidad de los literales d), e), f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 y el actor no demandó la inconstitucionalidad de dichos literales...".

Aclara que si bien el actor se refiere a la Ley 790 de 2002 como una ley inaplicable por ser abiertamente constitucional en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4 superior, la Corte Constitucional no tiene competencia para declarar inaplicable una ley, sino que solamente puede declararla exequible o inexecutable cuando un ciudadano la demande, en consecuencia, el cargo formulado en ese sentido debe ser rechazado.

Recuerda que no puede aplicarse por analogía en el caso sub-examine el estudio jurídico y la decisión adoptada por la Corte a través de sentencia C-702 de 1999 cuando declaró la inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley 489 de 1998, toda vez que entre el artículo 16 de la Ley 790 de 2002 y el Decreto 1750 de 2003 existe una relación de Ley de facultades extraordinarias y Decreto Ley y no una relación entre Ley Marco y Decreto de desarrollo de la Ley Marco. Además: "...en ningún momento mediante el citado artículo 16 de la Ley 790 de 2002, el Congreso se desprende de forma PERMANENTE de ciertas facultades relativas a la atribución del artículo 150 numeral 7, de determinar y modificar la estructura de la administración. El Congreso únicamente atribuye algunas de dichas funciones de manera temporal al Presidente, en ejercicio y con el lleno de todas las exigencias de las facultades extraordinarias...". Al respecto cita varios apartes de la sentencia C-702 de 1999.

Estima que en relación con la unidad de materia de los literales d), e), f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, sí existe unidad temática, pues la materia de la ley es una sola que es la renovación de la administración pública nacional con el fin de racionalizarla y hacerla sostenible financieramente, por tanto los numerales referidos se constituyen en estrategias para llevar a cabo los fines propuestos. En ese sentido, lo mismo puede afirmarse en relación con la totalidad del Decreto 1750 de 2003 que se ocupa solo de la escisión del ISS, como una estrategia de renovación de esta Empresa Industrial y Comercial del Estado, que era y es parte de la Administración Pública. Al respecto cita un aparte de la sentencia C-035 de 2003.

En ese sentido considera que es claro que entre la Ley 790 de 2002 y particularmente entre los literales d) a g) del artículo 16 y el Decreto 1750 de 2003, existen claras relaciones sustanciales en relación con las finalidades que persiguen pues éstas atañen a la renovación y racionalización de la administración pública y en especial del Instituto de Seguros Sociales.

Igualmente considera que si existía necesidad o conveniencia pública para que el Gobierno Nacional hubiera solicitado las facultades extraordinarias al Congreso que le fueron otorgadas mediante la Ley 790 de 2002 con el fin de reestructurar la Administración Pública Nacional, prueba de ello es el documento técnico No.3219 del 31 de marzo de 2003 emitido por el CONPES, así como la exposición de motivos de la Ley habilitante.

Reitera que: "...el Presidente de la República sí estaba investido con una facultad

extraordinaria legítimamente otorgada por el Congreso de la República, para escindir el Instituto de Seguros Sociales. Es evidente que este Instituto es una entidad del orden nacional creada por la ley y por tanto, es uno de los casos que se deben subsumir en el supuesto de hecho de la norma del artículo 16, literal d), de la Ley 790 de 2002, que autoriza al Gobierno a “Escindir entidades y organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley”. Como puede verse en el proyecto de ley que presentó el Gobierno Nacional, esta facultad estaba allí incluida...”.

Al respecto cita las sentencias C-074 de 1993 y C-245 de 2001.

Indica que el Gobierno Nacional no se excedió en el ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas y en consecuencia no violó la prohibición estipulada en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002. En ese orden de ideas, si bien el artículo referido contiene una prohibición: “...ésta es una excepción a la regla general, que sin la regla general perdería todo su sentido. La regla general en este caso, es que el Presidente de la República podía hacer uso de todas las atribuciones generales que la Ley 790 de 2002, en especial en su artículo 16, le otorgaban para renovar la estructura de las entidades y organismos de la Administración Pública del Orden Nacional, para reestructurar el Instituto de Seguros Sociales...”.

Aduce de otra parte que el acuerdo integral suscrito entre el ISS y el sindicato de esa entidad, no tiene el carácter de norma jurídica sino que es de naturaleza política, en consecuencia, si bien la Constitución creó un marco participativo en el que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y sus sindicatos pueden establecer políticas y planes de acción mancomunados, esos acuerdos que se suscriban no gozan del valor normativo de las convenciones colectivas sino que son simplemente muestras de concertaciones políticas entre patronos y trabajadores, motivo por el que: “...no puede argüirse que el mantenimiento de la unidad de empresa en el citado acuerdo integral tenía un carácter normativo, pues se trataba de un mero acuerdo político y por tanto no es susceptible de violación jurídica...”.

Estima que el artículo 1 del Decreto 1750 de 2003, no vulnera ningún precepto constitucional, toda vez que si bien: “...el artículo 20 de la Ley 792 de 2002 establece que en desarrollo del programa de renovación de la administración pública no se podrá suprimir, liquidar, ni fusionar el Instituto de Seguros Sociales, entre otros, la norma en ninguna parte menciona la prohibición para escindir y es claro que la escisión es diferente de la supresión, liquidación y fusión...”. Al respecto cita la sentencia C-647 de 1997.

En ese sentido reitera que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1750 de 2003 no violó la prohibición establecida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002, pues de ninguna manera suprimió, liquidó o fusionó al ISS, sino que escindió una parte del mismo que adquirió personería jurídica independiente y la entidad continuó conservando su naturaleza jurídica como Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Afirma que el artículo 3 del Decreto acusado no vulnera ninguna norma de la Constitución, en la medida en que ésta norma: “...al señalar que las Empresas Sociales del Estado creadas en el decreto tienen por objeto la prestación del servicio de salud, como servicio público esencial a cargo del Estado, reitera la calificación de dicho servicio como esencial, hecha por el legislador en el artículo 152 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual uno de los objetivos del

sistema general de seguridad social en salud es regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso a toda la población...”.

Manifiesta que los artículos 4 y 12 del Decreto 1750 de 2003 no vulneran el artículo 13 constitucional, toda vez que, la contratación de los servicios en salud que se requieran no es exclusiva con las personas jurídicas constituidas por exfuncionarios, sino que la autorización para contratar amplía la posibilidad de contratación y se encuentra en consonancia con los objetivos del Programa de Renovación del Estado dentro del Plan Nacional de Desarrollo, en el sentido de adecuar la administración a los requerimientos del Estado Comunitario.

Destaca que de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, uno de los objetivos de la Ley consistió en garantizar la rentabilidad financiera de la Nación; en esa medida se justifica que el ejecutivo previera la rentabilidad financiera como uno de los objetivos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el Decreto acusado, de forma tal que: “...No resulta válido afirmar, como lo hace la demanda que el Instituto de Seguros Sociales antes de su reestructuración no tuviera como objetivo la rentabilidad financiera, pues dicha entidad sigue siendo una Empresa Industrial y Comercial del Estado y la rentabilidad financiera es solo uno de los objetivos básicos de todas las entidades que tiene esa naturaleza...”.

Afirma que el artículo 8 del Decreto 1750 de 2003, no vulnera el artículo 128 superior, pues el reconocimiento de honorarios para los miembros de la Juntas Directivas, ya había sido señalado previamente por el legislador en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, como excepción a la prohibición de recibir más de una asignación del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, al disponer que los miembros de las Juntas Directivas en razón de su asistencia a las mismas, pueden percibir honorarios siempre que no se trate de más de dos juntas. En ese sentido, el Gobierno Nacional en la norma demandada lo único que hizo fue reiterar lo establecido por el legislador al respecto.

Señala que el numeral 9 del artículo 9° del Decreto acusado no vulnera el artículo 13 superior, pues la Constitución autoriza al legislador para establecer el régimen laboral de los servidores públicos y es a el a quien corresponde determinar de acuerdo con las funciones de cada servidor, si este se regirá por una relación legal o reglamentaria, una vinculación mediante contrato de trabajo o si debe celebrarse un contrato de prestación de servicios que le reporte honorarios: Enfatiza que “...El derecho a la igualdad, no prohíbe que el legislador establezca diferenciaciones. Lo que resulta inconstitucional son las discriminaciones, es decir, las diferenciaciones irrazonables o desproporcionadas...”.

En relación con el artículo 11 del Decreto 1750 de 2003, considera que éste no vulnera el artículo 125 superior, pues ésta norma no establece carácter alguno para el respectivo periodo y además debe entenderse que el precepto constitucional citado hace referencia es a los cargos de elección y no de designación.

Respecto del artículo 15 del Decreto acusado estima que es constitucional por las mismas razones que se argumentaron en relación con el artículo 1 de la norma demandada.

Considera que en relación con el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003, la Corte debe declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo, toda vez que, el actor no precisó qué parte

de esta norma es inconstitucional ni indicó tampoco qué norma constitucional resulta vulnerada, así como tampoco hizo explícito el concepto de violación. Sin embargo, subsidiariamente solicita declarar la exequibilidad del artículo referido pues: "...acorde con el principio de igualdad el Presidente de la República reconoció la prescripción contenida en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, según la cual los servidores de las Empresas Sociales del Estado que se dedican a la prestación del servicio público de salud, son empleados públicos y no trabajadores oficiales...".

Estima que por el hecho de la incorporación de los servidores del ISS a las nuevas Empresas Sociales del Estado en su calidad de empleados públicos no se vulnera el artículo 58 superior, toda vez que el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 establece una cláusula de protección de los derechos adquiridos.

Señala que el artículo 17 del Decreto acusado no vulnera el artículo 122 superior, toda vez que, la planta de personal a la que debían incorporarse automáticamente los servidores públicos del ISS, ya había sido creada mediante los Decretos 1755, 1757, 1759, 1762, 1764, 1766 y 1768, en los que se especificaron las plantas de personal de las Empresas Sociales del Estado a la que debían incorporarse automáticamente los servidores del ISS, de forma tal que, la incorporación automática además de constitucional, fue eficaz y se llevó a cabo.

Indica que el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 no vulnera norma constitucional alguna, así como tampoco ningún Convenio Internacional de la OIT, pues el Gobierno Nacional al indicar que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las ESEs será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, no está fijando en ningún momento el régimen salarial y prestacional de esos servidores públicos, pues éste régimen ya se había fijado previamente por el Legislador a través de la Ley 4 de 1992.

Así mismo, reitera que no se vulneraron los Convenios Internacionales 87 y 98 de la OIT, toda vez que: "...de ellos no se deriva el imperativo de que todos los servidores públicos deban regular sus condiciones laborales mediante la convención colectiva...".

En relación con el artículo 19 del Decreto 1750 de 2003, considera que la Corte debe declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo, toda vez que, el actor no indicó qué norma constitucional resulta vulnerada, así como tampoco hizo explícito el concepto de violación que indique de forma clara y precisa las razones de la supuesta inconstitucionalidad.

Señala respecto de los artículos 20 y 26 del Decreto acusado, que éstos no vulneran los artículos 25, 53, 54, 58, 122, 123 y 125 superiores, en la medida que: "...el traslado patrimonial del ISS a las Empresas Sociales del Estado creadas mediante el decreto acusado, es inherente a la escisión de la entidad, para cuyo efecto el Presidente de la República se encontraba expresamente facultado como consecuencia del ejercicio de la facultad extraordinaria contemplada en el literal d) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002...".

Igualmente considera que en relación con la facultad del gerente general de las ESEs para contratar la realización del inventario de los bienes transferidos, el cargo formulado carece de sustento, pues el artículo 20 acusado establece la posibilidad de que el Gerente General designe a los servidores públicos para la realización del inventario correspondiente, o en su defecto contrate el servicio respectivo, estipulando la norma dos posibilidades.

#### 4.2.3. Ministerio de la Protección Social

Jorge Ernesto Angarita Rodríguez actuando en calidad de apoderado judicial del Ministerio de la Protección Social participa en el presente proceso y solicita que se declare la constitucionalidad de las normas acusadas, con base en los argumentos que se resumen a continuación.

Recuerda el interviniente que de conformidad con lo estipulado en los artículos 1 y 16 de la Ley 790 de 2002, se establecen claramente los límites dentro de los que debe actuar el Gobierno Nacional con el fin de reestructurar la Administración Pública Nacional.

En ese sentido afirma que: "...si bien las facultades extraordinarias deben ser precisas y no pueden inferirse ni presumirse, tal como lo indica el demandante, no puede confundirse la precisión con la taxatividad, es decir, las facultades deben ser claras, de modo que no existan dudas en cuanto a la materia específica cuya competencia legislativa se traslada al ejecutivo, pero no tiene que ser exhaustivas al punto de perder su sentido, cual es precisamente dotar al Presidente de la República de capacidad de regular con jerarquía de ley ciertas materias...". Al respecto cita un aparte de la sentencia C-097 de 2003.

Estima que en el caso del Decreto 1750 de 2003 se observa que el propósito de las facultades es claro, toda vez que, se trataba de racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación, de forma tal que, se buscó un mecanismo que permitiera mejorar el desempeño de las entidades al escindir al ISS, con el fin de obtener un desempeño más eficiente en los diferentes negocios o funciones que ejecuta, logrando con ello no solo racionalizar su organización, sino garantizar su sostenibilidad financiera.

Considera que no existe tampoco vulneración al principio de unidad de materia, pues ésta debe entenderse en un sentido amplio y no estricto que termine por impedir al legislador regular los múltiples aspectos propios de un tema, en este caso como lo son las consecuencias prácticas de la figura jurídica de la escisión, de forma tal que, solamente en el evento en que no exista ninguna relación entre el eje central de la ley y sus contenidos, puede hablarse de violación al principio de unidad de materia. Al respecto cita un aparte de la sentencia C-025 de 1993.

Afirma que: "...el referente común de la Ley 790 de 2002 era, como lo señala su objeto, renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado, en igual sentido el párrafo 1 del artículo 16, indicó que se trataba de renovar la estructura de la Administración Pública Nacional, con el propósito de racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública, con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación, el cual es respetado en su integridad por el contenido del artículo 16 demandado y por los decretos ley expedidos en ejercicio de dichas facultades...".

Igualmente considera que el Gobierno Nacional solicitó las facultades extraordinarias toda vez que le era forzoso ajustar la estructura de la administración, con ocasión de la situación crítica que enfrentaban algunas entidades, como es el caso del Instituto de Seguros Sociales,

por tanto existían razones suficientes de conveniencia y necesidad para que las facultades referidas le fueran otorgadas al Presidente por el órgano legislativo.

Reitera que en virtud de las facultades extraordinarias que fueron otorgadas al Gobierno Nacional a través de la Ley 790 de 2002, el Presidente estaba autorizado para transferir en bloque una o varias partes de la operación empresarial y patrimonio del Instituto de Seguros Sociales. En ese orden de ideas: "...es claro que el artículo 16 de la Ley 790 de 2002 otorgó al Presidente la facultad extraordinaria de escindir organismos administrativos del orden nacional, entre los que se encuentra el Instituto de Seguros Sociales, y a su vez, lo autorizó para crear nuevas entidades con las partes escindidas de aquellos. También es claro que ninguna norma prohíbe que lo haga...".

Destaca que el Gobierno Nacional podía hacer uso de todas las atribuciones generales que la Ley 790 de 2002 (artículo 16), le otorgaron con el fin de renovar la estructura de las entidades y organismos de la Administración Pública del orden nacional, estableciendo dentro de ellas la reestructuración del Instituto de Seguros Sociales mediante cualquiera de las estrategias que la ley habilitante le señalaba para la renovación de ese tipo de entidades una de éstas era precisamente la figura jurídica de la escisión.

Asevera que con la expedición del Decreto acusado no se vulneró el principio de concertación, toda vez que: "...el Presidente de la República, habilitado como legislador extraordinario, en el proceso de expedición del Decreto Ley 1750 de 2003, tuvo en cuenta los intereses de los servidores públicos del Instituto de Seguros Sociales, sus derechos de asociación sindical y negociación colectiva, y el principio de buena fe, y ante la agudización de la crisis financiera, intentó concertar con las organizaciones sindicales las condiciones y términos de la reestructuración de la entidad...".

Considera de otra parte que el acuerdo integral suscrito entre el ISS y el sindicato Sintraseguridadsocial en el año 2001, no tiene el carácter de norma jurídica sino un tinte meramente político, por tanto, si bien la Constitución creó un marco participativo en el que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y sus sindicatos pueden establecer políticas y planes de acción mancomunados, esos acuerdos que se suscriban no gozan del valor normativo de las convenciones colectivas sino que son simplemente muestras de concertaciones políticas entre patronos y trabajadores, motivo por el que: "...no puede argüirse que el mantenimiento de la unidad de empresa en el citado acuerdo integral tenía un carácter normativo, pues se trataba de un mero acuerdo político y por tanto no es susceptible de violación jurídica...".

Aduce que no se vulneró tampoco el principio de buena fe pues en el caso de la escisión del ISS, ésta se ejecutó con fundamento en el Decreto 1750 de 2002 y por tanto no se trataba del ejercicio de competencias administrativas sino de la potestad legislativa, por consiguiente: "...la diferencia entre lo dispuesto en este Decreto Ley y lo contenido en los pactos anteriores tiene una justificación objetiva y razonable. Esta justificación consiste en el imperativo de hacer viable y sostenible financieramente al ISS y de obtener la mayor eficiencia administrativa posible, mediante la separación de las dos funciones que están en juego en el servicio de salud: el aseguramiento y la prestación de los servicios de salud...".

Manifiesta que la disposición contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002, en la medida

en que contiene una prohibición, es una norma exceptiva cuya interpretación es restrictiva y por lo tanto no puede hacerse extensiva a la figura de la escisión, por tanto no puede ser confundida con otros procedimientos como la supresión y liquidación que implican la desaparición total de las entidades o con la fusión que involucra el concepto de unión jurídica de dos o más entidades en una sola.

Estima que los artículos 1 y 15 del Decreto acusado no vulneran en forma alguna el artículo 58 superior, toda vez que los bienes del ISS por estar destinados a la prestación de un servicio público a la comunidad, se encuentran sometidos a la potestad estatal pues se trata de bienes fiscales al tenor de lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil y por tanto se excluye la propiedad privada sobre ellos de forma tal que no se pueden inscribir dentro del concepto de propiedad cuya protección prevé el artículo 58 superior. Así pues, no se puede afirmar que la escisión del ISS no comportó un proceso de liquidación contraviniendo la prohibición del artículo 20 de la Ley 790 de 2002, ni la disposición de parte de su patrimonio que es consecuencia lógica del proceso de escisión. Al respecto cita un aparte de la sentencia C-183 de 2003.

Afirma que el artículo 3 del Decreto 1750 de 2003 no vulnera el artículo 56 superior, toda vez que: "...en la medida en que la calificación del servicio público prestado por las Empresas Sociales del Estado creadas mediante el citado Decreto, constituye una de las atribuciones del legislador al establecer cuáles de los servicios públicos son "esenciales", puede efectuarla el legislador extraordinario, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad calificada como tal, en este caso, la prestación de los servicios de salud y con ello, la protección del derecho a la salud...", de forma tal que, en razón de los bienes constitucionales en juego, en este caso, el derecho a la salud de las personas y la consecuente obligación del Estado de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de salud, tal circunstancia justifica la calificación de "servicio público esencial" que realiza el legislador extraordinario a aquél que se presta por las Empresas Sociales del Estado definición que ya existía como tal y solamente fue reiterada.

Manifiesta que los numerales 6 del artículo 4 y 5 del artículo 12 no vulneran el artículo 13 superior, toda vez que su finalidad es autorizar expresamente para contratar con exfuncionarios del ISS con el fin de evitar el acaecimiento de inhabilidades, en ese sentido esa facultad no implica la exclusión de otras personas naturales o jurídicas que puedan en las mismas condiciones de igualdad contratar con las Empresas Sociales del Estado creadas en el Decreto 1750 de 2003, por consiguiente no puede considerarse que establezca un tratamiento diferencial habida cuenta que la facultad allí prevista no establece la obligación de contratar "preferencialmente" con esa clase de entidades, por tanto no puede derivarse de dicha cláusula una obligación expresa que prohíba contratar con otras personas naturales y jurídicas.

Considera que en relación con el numeral 7 del artículo 4 del Decreto 1750 de 2003, debe la Corte declararse INHIBIDA para conocer del cargo formulado, toda vez que el demandante no señaló expresamente las disposiciones constitucionales que considera infringidas con esas normas.

Estima que igualmente la Corte debe declararse INHIBIDA en relación con los numerales 10

del artículo 4 y 14 del artículo 9 del Decreto 1750 de 2003, pues en su criterio el actor no formuló precisos cargos de inconstitucionalidad. Sin embargo, aclara que los numerales referidos son constitucionales en virtud de lo previsto en el literal e), artículo 16 de la Ley 790 de 2002.

Afirma que el párrafo 3 del artículo 8 contenido en el Decreto acusado no vulnera el artículo 128 constitucional, toda vez que, si bien esa disposición superior establece la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, también consagra una excepción de conformidad con lo previsto en el literal f) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

Manifiesta que en relación con el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003, debe la Corte declararse INHIBIDA para conocer del cargo formulado, toda vez que si bien el demandante señaló las disposiciones constitucionales que considera infringidas con esas normas no formuló cargos concretos al respecto. No obstante, aclara que en el evento de que se estudie el artículo referido deberá declararse constitucional pues este no cambió la naturaleza jurídica del vínculo laboral de los servidores públicos del ISS, toda vez que, el legislador es el único que define el tipo de vínculo laboral que se genera con la administración pública nacional. Al respecto cita apartes de las sentencias C-408 de 1994 y C-665 de 2000.

En ese sentido indica que: "...el señalamiento del vínculo jurídico entre las Empresas Sociales del Estado creadas en el Decreto acusado y sus servidores públicos, al tiempo que se enmarca en la facultad consistente en "señalar, modificar y determinar los objetivos y estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las fusiones o escisiones" prevista en el literal e) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, se ajusta a la clasificación de empleos de las entidades descentralizadas para la prestación de los servicios de salud, que para esta clase de entidades prevén las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993...". Al respecto cita el numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 26 de la Ley 10 de 1990.

Reitera que el vínculo laboral de los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado cuya creación fue ordenada por el Decreto 1750 de 2003, constituye una materia inherente a la definición de la estructura orgánica de las entidades públicas del orden nacional que es de formación legal y cuyo vínculo había sido definido previamente por el legislador.

Así mismo estima que: "...el Decreto 1750 de 2003, no vulnera el artículo 58 superior, en cuanto consagra expresamente a través del artículo 18 el respeto a los derechos adquiridos y conforme al cual, en desarrollo de la Ley 4 de 1992, establece una prima individual para unos empleados públicos incorporados a las Empresas Sociales del Estado creadas en el citado Decreto Ley, con el único objeto de garantizar a los servidores públicos del ISS, que fueran incorporados en las plantas de personal de las mencionadas empresas, que continuaran percibiendo por lo menos una asignación básica mensual igual a la que venían disfrutando...".

Afirma que el artículo 17 y párrafo transitorio del artículo 18 contenidos en el Decreto acusado, no vulneran el artículo 122 de la Constitución, pues la planta de personal a la que debían incorporarse automáticamente los servidores públicos del ISS, ya existía por haber sido creada por diferentes decretos expedidos en la misma fecha. Afirma además que: "...las

disposiciones que previeron la incorporación automática de los servidores públicos de Instituto de Seguros Sociales, a las nuevas Empresas Sociales del Estado -ESES- son el fruto de la escisión de la entidad y como tal de la operación implica no solamente pasivos y activos sino también el más importante de éstos últimos, cual es el talento humano, al cual se le procura dar toda la estabilidad y seguridad laboral que permite la Ley, de modo que permanezca en las mismas condiciones sin menoscabo alguno de sus derechos. De esta manera, la norma debe ser analizada desde la óptica de la protección del derecho al trabajo y a la estabilidad del empleo...”.

Señala que en relación con el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, debe la Corte declararse INHIBIDA para conocer del cargo formulado, toda vez que el demandante si bien señaló expresamente las disposiciones constitucionales que considera infringidas con esa norma, no formuló cargos concretos al respecto. Aclara que en el evento de que se estudie el artículo referido deberá declararse constitucional pues éste lejos de constituir una violación a los derechos adquiridos de los trabajadores, se constituye en una garantía para los mismos, pues señala claramente el respeto por esos derechos y más aún los define con el fin de prevenir ambigüedades al respecto. De forma tal que: “...el artículo en cuestión no cambia el régimen jurídico de los trabajadores, se limita a reiterar lo que ya había señalado la Ley 10 de 1990, para precisar cuál es el régimen aplicable a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado...”.

Indica que en relación con el artículo 19 del Decreto 1750 de 2003, debe la Corte declararse INHIBIDA para conocer del cargo formulado, toda vez que si bien el demandante señaló las disposiciones constitucionales que considera infringidas con esas normas no formuló cargos concretos al respecto. Así mismo en relación con el artículo 20 del Decreto acusado considera que éste debe declararse constitucional por las mismas razones expuestas para fundamentar la constitucionalidad de los artículo 1 y 15 de la norma acusada.

Finalmente en relación con el párrafo 1 del artículo 20 y el artículo 24 del Decreto 1750 de 2003, estima respecto del primero que resulta imposible esgrimir cargo alguno, toda vez que ninguno de los artículos superiores que aduce el actor guardan relación con la facultad que se otorga al Gobierno Nacional para contratar la realización del inventario de los bienes de las Empresas Sociales del Estado creadas mediante el Decreto acusado. Respecto del segundo artículo considera que debe esta Corporación declararse INHIBIDA para conocer del cargo formulado, toda vez que si bien el demandante señaló las disposiciones constitucionales que considera infringidas con esas normas no formuló cargos concretos al respecto.

#### 4.2.4. Instituto de Seguros Sociales

Carlos Libardo Bernal Pulido actuando en calidad de apoderado judicial del Instituto de los Seguros Sociales interviene en el presente proceso para solicitar a la Corte la declaratoria de constitucionalidad de las disposiciones acusadas, a partir de las razones que a continuación se sintetizan.

Afirma el interviniente que la Corte debe declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo, sobre el cargo formulado por el actor que sostiene que el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 790 de 2002 al expedir el

Decreto 1750 de 2003, pues el fondo del asunto se refiere a la presunta inconstitucionalidad de los literales d), e), f) y g) del artículo 16 de la Ley referida.

En ese sentido recuerda que esta Corporación ha establecido en reiterada jurisprudencia que en aquellos eventos en que la pretensión de inconstitucionalidad de un Decreto Ley de facultades extraordinarias se fundamente en la presunta inconstitucionalidad de la Ley que las otorga, es una carga del actor demandar también la inconstitucionalidad de esa Ley o formular cargos específicos e independientes contra el Decreto Ley que acusa. Al respecto cita apartes de las sentencias C-758 de 2001 y C-1052 de 2001.

Aduce que en relación con el Decreto 1750 de 2003 el propósito de las facultades que permitieron su expedición es claro, toda vez que, se pretende racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación, de forma tal que, se estableció un mecanismo que permitiera mejorar el desempeño de las entidades al escindir al ISS, con el fin de obtener un desempeño más eficiente en los diferentes negocios o funciones que ejecuta, logrando con ello no solo racionalizar su organización, sino además garantizar su sostenibilidad financiera.

Afirma que no existe vulneración al principio constitucional de unidad de materia, pues ésta debe entenderse en un sentido amplio y no restringido que termine por impedir al legislador regular los múltiples aspectos propios de un tema, en este caso como lo son las consecuencias prácticas de la figura jurídica de la escisión, de forma tal que, solamente en el evento en que no exista ninguna relación entre el eje central de la ley y sus contenidos, puede hablarse de violación al principio de unidad de materia. Al respecto las sentencias C-035 de 2003 y C-880 de 2003.

Igualmente considera que el Gobierno Nacional solicitó las facultades extraordinarias toda vez que le era forzoso ajustar la estructura de la administración, con ocasión de la situación crítica que enfrentaban algunas entidades, como es el caso del Instituto de Seguros Sociales, por tanto existían razones suficientes de conveniencia y necesidad para que las facultades referidas le fueran otorgadas al Presidente por el órgano legislativo y una prueba de ello son los diversos documentos técnicos en donde se evidenció la urgencia de la renovación de la Administración Pública en el evento del ISS esto quedó plasmado con claridad en el Documento CONPES No.3219 del 31 de marzo de 2003. Al respecto cita apartes del documento No.3219 de marzo 31 de 2003 expedido por el CONPES.

Señala que el Gobierno Nacional podía hacer uso de todas las atribuciones generales que el literal d) del artículo 16 contenido en la Ley 790 de 2002, le otorgó con el fin de renovar la estructura de las entidades y organismos de la Administración Pública del orden nacional, estableciendo dentro de ellas la reestructuración del Instituto de Seguros Sociales mediante cualquiera de las estrategias que la ley habilitante le señalaba para la renovación de ese tipo de entidades una de éstas era precisamente la figura jurídica de la escisión, de forma tal que: "... no es dable, como lo pretende el actor implícitamente, exigir que el proyecto de ley y luego la ley de facultades extraordinarias hagan alusión expresa y literal a todas las acciones que el Presidente de la República puede acometer en ejercicio de tales facultades...". Al respecto cita las sentencias C-074 de 1993 y C-245 de 2001.

Manifiesta que la disposición contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002, en la medida

en que contiene una prohibición, es una norma exceptiva cuya interpretación es restrictiva y por lo tanto no puede hacerse extensiva a la figura de la escisión, en esa medida, no puede ser confundida con otros procedimientos como la supresión y liquidación que implican la desaparición total de las entidades o con la fusión que involucra el concepto de unión jurídica de dos o más entidades en una sola. En ese sentido, con la expedición del Decreto 1750 de 2003, no se viola la prohibición expresa prevista en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002, pues la prohibición del artículo 20 referido solo era para la supresión, liquidación y fusión del ISS y por tanto no puede aplicarse por analogía ni por interpretación extensiva a la figura de la escisión. Al respecto cita la sentencia C-647 de 1997.

Destaca que el acuerdo integral suscrito entre el ISS y el sindicato de esa entidad, no tiene el carácter de norma jurídica, de forma tal que, si bien la Constitución creó un marco participativo en el que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y sus sindicatos pueden establecer políticas y planes de acción mancomunados, esos acuerdos que se suscriban no gozan del valor normativo de las convenciones colectivas sino que son simplemente muestras de concertaciones políticas entre patronos y trabajadores. En esa medida, no se vulneró tampoco el principio de buena fe pues en el caso de la escisión del ISS, ésta se ejecutó con fundamento en el Decreto 1750 de 2002 y por tanto no se trataba del ejercicio de competencias administrativas sino de la potestad legislativa.

Estima que el artículo 1° del Decreto acusado no vulnera en forma alguna el artículo 58 superior, toda vez que los bienes del ISS por estar destinados a la prestación de un servicio público a la comunidad, se encuentran sometidos a la potestad estatal y por tanto se excluye la propiedad privada sobre ellos de forma tal que no se pueden inscribir dentro del concepto de propiedad cuya protección prevé el artículo 58 superior.

Asevera que el artículo 3 del Decreto demandado no vulnera ningún precepto constitucional, toda vez que, con la expedición éste no se calificó de manera primigenia que el servicio de salud es “esencial”, pues el legislador extraordinario lo que hace es reiterar la calificación de la salud como un servicio público esencial que el legislador ordinario estableció en el artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, considera que aunque el Decreto acusado no hubiera establecido nada en relación con el carácter de servicio público esencial del servicio de salud dicho servicio de todos modos tendría ese carácter, en virtud de lo establecido en el artículo 152 de la Ley 100 de 1993, por tanto es errónea la interpretación que el actor hace del artículo 56 superior, en el sentido de que la declaración de servicio público esencial solo puede ser efectuada por el Legislador Ordinario, pues la norma constitucional no distingue en este artículo entre legislador ordinario y extraordinario y únicamente se refiere al Legislador, y por tanto donde el texto de derecho no distingue, no le es dable al interprete distinguir.

En relación con los numerales 6, 7 y 10 del artículo 4 del Decreto 1750 de 2003, afirma que éstos no vulneran los artículos 13, 25, 53, 54, 122, 123 y 125 superiores. El numeral 4, en la medida en que es claro que la circunstancia de que el Decreto acusado prevea la posibilidad de contratar con las personas jurídicas constituidas por los exfuncionarios del Instituto de Seguros Sociales, o en las que éstos hagan parte que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad, en nada impide que se contrate también con

otras personas naturales y jurídicas distintas, ya que la expresión demandada no establece que sea exclusiva con las personas a las que se refiere esta disposición.

Considera que en relación con los numerales 7 y 6 del artículo 4 del Decreto 1750 de 2003, debe la Corte declararse INHIBIDA para conocer del cargo formulado, toda vez que el demandante no señaló expresamente las disposiciones constitucionales que considera infringidas con esas normas. Aclara que en el evento de que se estudien los numerales referidos deberán declararse constitucionales pues éstos respetan el principio de eficiencia consagrado en los artículos 48 y 49 superiores y que orientan el sistema general de seguridad social.

En lo que respecta al numeral 10 del artículo 4, considera que ésta Corporación debe declararse INHIBIDA frente a ese cargo ya que el demandante no establece en forma clara y precisa la vulneración de los preceptos superiores, más aún, si se considera que la Ley habilitante facultó al Gobierno Nacional para reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública Nacional.

Señala que el párrafo 3 del artículo 8 contenido en el Decreto acusado no vulnera el artículo 128 constitucional, toda vez que, si bien esa disposición superior establece la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, también estipula una excepción de conformidad con lo previsto en el literal f) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

En cuanto al numeral 9 del artículo 9 afirma que es constitucional, pues: "...la Constitución autoriza al legislador a establecer el régimen laboral o de honorarios de los servidores públicos o de los cargos directivos que desempeñen funciones en las entidades administrativas. Y en su competencia está determinar, si de acuerdo con las funciones de cada servidor, debe tener una relación legal y reglamentaria con la Administración y ser empleado público, si debe estar vinculado con un contrato de trabajo y debe ser trabajador oficial, o si debe estar ligado con la Administración por un contrato de prestación de servicios que le reporte honorarios...". Al respecto cita la sentencia C-154 de 1997.

En lo que relacionado con el artículo 11 del Decreto 1750 de 2003, la Corte debe desestimar el cargo formulado por el actor, toda vez que, este artículo en nada contradice el texto de párrafo del artículo 125 de la Constitución, de la forma en que fue adicionado por el artículo 6 del acto legislativo número 01 de 2003, pues si se observa éste párrafo con atención, se comprenderá que se refiere a los periodos establecidos en la Constitución o en la ley para cargos de elección. Esto quiere decir que, además es acorde con la finalidad de la norma, la exigencia de un periodo institucional para los cargos de elección popular y no para cargos de designación. Y como establece con toda claridad el artículo 11, el cargo de Gerente General de las Empresas Sociales del Estado es de designación y no de elección.

Argumenta que en relación con el numeral 5 del artículo 12 del Decreto 1750 de 2003, es exequible por las mismas razones que en el numeral 6 del artículo 4 de la norma acusada. Igualmente, en relación con el artículo 15, se deben tener en cuenta las razones de constitucionalidad que se expresaron para demostrar la exequibilidad del artículo 1 del Decreto 1750 de 2003.

Manifiesta que en relación con el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003, debe la Corte declararse INHIBIDA para conocer del cargo formulado, toda vez que si bien el demandante señaló las disposiciones constitucionales que considera infringidas con esas normas no formuló cargos concretos al respecto. No obstante, aclara que en el evento de que se estudie el artículo referido deberá declararse constitucional pues este no cambió la naturaleza jurídica del vínculo laboral de los servidores públicos del ISS, toda vez que, el legislador es el único que define el tipo de vínculo laboral que se genera con la administración pública nacional. Al respecto cita apartes de las sentencias C-408 de 1994 y C-702 de 1999.

Precisa que "...por coherencia del sistema jurídico y por respeto del principio de igualdad, el Presidente de la República debía reconocer necesariamente la prescripción contenida en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, según la cual, los servidores de las Empresas Sociales del Estado que se dedican a la prestación del servicio público de salud, son empleados públicos y no trabajadores oficiales...", más aún si se tiene en cuenta que las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de entidad pública descentralizada que no puede reducirse a ninguna otra categoría, de conformidad con lo previsto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

De la misma forma estima que el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003, tampoco vulnera el artículo 58 superior, pues el artículo 18 de la misma norma estableció claramente una cláusula de protección de los derechos adquiridos de los servidores públicos, de forma tal que, el nuevo status de empleados públicos de los servidores de las Empresas Sociales del Estado no conlleva ninguna afectación de los derechos adquiridos de los servidores públicos referidos.

Indica que el artículo 17 y párrafo transitorio del artículo 18 contenidos en el Decreto acusado, no vulneran el artículo 122 de la Constitución, pues la planta de personal a la que debían incorporarse automáticamente los servidores públicos del ISS, ya existía mediante los respectivos que fueron expedidos con fundamento en el Decreto 1750 de 2003, de forma tal que, la figura de la incorporación automática tiene el fin legítimo de proteger los derechos de los trabajadores, garantizando la continuidad laboral y la estabilidad en el empleo, prueba de ello es que esa figura ha sido utilizada en la reestructuración de otras entidades como la DIAN.

Respecto del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, manifiesta que si bien el actor no explicita el concepto de la violación, bien podría inferirse que éste estima que el artículo 18 es inconstitucional en la medida que sólo considera como derechos adquiridos de los servidores del Instituto de Seguros Sociales, que ahora sean empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado que de él se han escindido, los que se hubieren causado y los que hubieren ingresado al patrimonio del servidor. En ese sentido, señala que con fundamento en la propia jurisprudencia constitucional y algunos argumentos interpretativos de la Constitución, el problema jurídico planteado por el actor debe responderse de manera negativa, es decir, debe reconocerse que el legislador sí puede considerar como meras expectativas y no como derechos adquiridos las situaciones jurídicas de los servidores del Instituto de Seguros Sociales que no fueron contempladas por el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003. Al respecto cita las sentencias C-168 de 1995, C-647 de 1997 y T-796 de 2001.

En relación con el artículo 19 del Decreto acusado, considera que esta Corporación debe declararse INHIBIDA para decidir sobre el cargo formulado, pues el actor no señaló la norma de la Constitución que resulta vulnerada ni las razones claras y precisas por las que el artículo referido es inconstitucional. No obstante, afirma que la Corte deberá rechazar el cargo por las mismas razones por las que debe declarar la constitucionalidad de la escisión de ISS, por no tratarse de una supresión del mismo y, como consecuencia por no tratarse de una extralimitación en las facultades extraordinaria.

Asevera que en relación con los numerales 1 y 2 del artículo 20 y el artículo 26 del Decreto 1750 de 2003, debe también la Corte declararse INHIBIDA para decidir sobre los cargos formulados a este respecto y por tanto subsidiariamente deberá declarar la constitucionalidad de esas normas, teniendo en cuenta el concepto de escisión que no se limita a aspectos funcionales y estructurales sino que involucra el traslado de activos, patrimonios o cuentas de las entidades escindidas a las nuevas entidades creadas. Al respecto cita la sentencia C-647 de 1997.

Manifiesta que en relación con el párrafo 1 del artículo 20 contenido en el Decreto 1750 de 2003, no vulnera ningún precepto constitucional y por tanto la Corte deberá desestimar el cargo formulado y en su lugar declarar la exequibilidad de esa norma, en la medida que: "...dicho párrafo primero no vulnera los principios constitucionales del trabajo, porque no prohíbe que las Empresas Sociales del Estado encarguen a servidores públicos la elaboración de los inventarios de sus bienes. Es más, el párrafo lo contempla como primera posibilidad, alternativa a la contratación externa para llevar a cabo esta labor. En segundo lugar, de ninguna manera puede deducirse de los principios constitucionales que regulan el trabajo que todas las actividades que una Empresa Social del Estado deba cumplir, tengan que llevarse a cabo por parte de servidores que tengan una relación legal y reglamentaria o una vinculación laboral con el Estado...".

Finalmente respecto del cargo formulado contra el artículo 24 del Decreto 1750 de 2003, considera que esta Corporación debe declararse INHIBIDA para resolverlo, toda vez que el demandante no señaló las razones que fundamentan la inconstitucionalidad ni la norma de rango superior vulnerada. Adicionalmente, se debe considerar que ninguna norma constitucional prohíbe al Instituto de Seguros Sociales contratar la prestación del servicio de salud, así como ninguna norma constitucional le impone que preste ese servicio directamente con sus propios recursos humanos y físicos.

#### 4.2.5 Departamento Administrativo de la Función Pública

Ramón González González en calidad de apoderado judicial del referido Departamento Administrativo, participa en el presente proceso y solicita que se declare la constitucionalidad de las normas acusadas, con base en los argumentos que se resumen a continuación.

El interviniente recuerda que el Decreto 1750 de 2003 fue expedido con base en las facultades extraordinarias conferidas por el legislador al Presidente contenidas en la Ley 790 de 2002, artículo 16, literales d), e), f) y g), en consecuencia: "...En desarrollo de la Ley habilitante, el Ejecutivo mediante el Decreto acusado "escindió", es decir, dividió o separó del Instituto de Seguros Sociales, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y todos los centros de atención ambulatoria; y en su lugar, creó siete (7)

Empresas Sociales del Estado que constituyen una categoría especial de la entidad pública descentralizada del nivel nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social...”.

Considera que la Corte debe declararse inhibida y desestimar el primer cargo formulado por el actor, toda vez que aunque la norma que solicita sea declarada inconstitucional es el Decreto 1750 de 2003 en su totalidad, y en subsidio algunos apartes de ese Decreto, los argumentos que expone atacan directamente las disposiciones contenidas en los literales d), e), f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002.

Asevera en todo caso que las facultades conferidas por los literales d), e), f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, son precisas, incluso en sus objetivos, porque ellos se encuentran definidos plenamente en el párrafo 1 de la misma norma, de forma tal que, debe reconocerse que la precisión de las expresiones “renovar la estructura de la Administración Pública Nacional”, “racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública” y “garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación”, son en si mismas claras, determinadas y comprensibles y además deben ser interpretadas en conjunto con lo expresado en la exposición de motivos de la Ley 790 de 2002. Acto seguido cita algunos apartes de la exposición de motivos de la Ley referida.

Considera que no existe violación al artículo 158 constitucional, toda vez que se presenta unidad de materia en los literales d), e), f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, así como en las demás disposiciones de la citada Ley, toda vez que, la materia es una sola, esto es, la renovación de la administración pública nacional, para buscar racionalizarla y hacerla sostenible financieramente, siendo por tanto los literales del artículo 16 estrategias para llevar a cabo los fines propuestos. En ese sentido estima que igual situación aplica a la totalidad del Decreto 1750 de 2003, que se ocupa sólo de la escisión o separación del ISS, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, con todas sus clínicas y los centros de atención ambulatoria, para constituir unas Empresas Sociales del Estado de conformidad con lo previsto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Al respecto cita un aparte de la sentencia C-035 de 2003.

Aduce que en relación con la afirmación del actor que no existía necesidad ni conveniencia pública para haber otorgado facultades extraordinarias al Gobierno Nacional mediante el artículo 16 de la Ley 790 de 2002, es preciso reconocer: “...en primer término, que esta necesidad o conveniencia pública a todas luces existía; en segundo lugar, que ella queda acreditada en diversos documentos técnicos en donde se evidenció la urgencia de la renovación de la Administración Pública (en el caso del Instituto de Seguros Sociales esto queda plasmado con meridiana claridad en el Documento CONPES No.3219 del 31 de marzo de 2003); en tercer lugar que dicha necesidad o conveniencia pública se deriva especialmente del hecho de que la reestructuración de la Administración Pública es una tarea netamente técnica y económica, que en una situación en la que se vislumbra el colapso de varias entidades, implica la toma rápida de decisiones de conveniencia técnica, económica, fiscal, que si fuesen adoptadas por el poder legislativo llegarían a destiempo y de este modo, no podrían contribuir a la consecución de los objetivos que se proponen; y en cuarto lugar, que esta necesidad o conveniencia pública salta a la vista en la propia exposición de motivos de la Ley...”. Al respecto cita apartes del documento CONPES No.3219 de marzo 31 de

2003.

Recuerda que el Presidente sí se encontraba investido mediante facultades extraordinarias legítimamente otorgadas por el Congreso, para escindir el ISS, pues es evidente que esa entidad es del orden nacional, creada por la ley y por tanto, es uno de los casos que se deben subsumir en el supuesto de hecho que contempla el literal d) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, más aún como puede verse en el proyecto de ley que presentó el Gobierno Nacional, esa facultad de escisión del ISS se encontraba incluida, de forma tal que: "... no es dable, como lo pretende el actor implícitamente, exigir que el proyecto de ley y luego la ley de facultades extraordinarias hagan alusión expresa y literal a todas las acciones que el Presidente de la República puede acometer en ejercicio de tales facultades...". Al respecto cita las sentencias C-074 de 1993 y C-245 de 2001.

Afirma que con la expedición del Decreto 1750 de 2003, no se viola la prohibición expresa prevista en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002, pues el objeto de ésta es la prestación eficiente del servicio público de salud, logrando la racionalización de la organización y funcionamiento de ese servicio a cargo del Estado, de forma tal que, la prohibición establecida en el artículo 20 es una excepción a la regla general que en este caso concreto: "...es que el Presidente de la República podía hacer uso de todas las atribuciones generales que la Ley 790 de 2002, en especial en su artículo 16, le otorgaban para renovar la estructura de las entidades y organismos de la Administración Pública del orden nacional, para reestructurar el Instituto de Seguros Sociales. Dicho de otro modo la regla general establecía que el Presidente de la República podría reestructurar este Instituto mediante cualquiera de las estrategias que la ley habilitante le señalaban para la renovación de las entidades del orden nacional, una de las cuales era la escisión. La única excepción a esta regla general consistía en que el Presidente de la República no podía suprimir, liquidar, ni fusionar dicho Instituto...".

Respecto de la acusación contra el artículo 1 del Decreto 1750 de 2003 considera que la escisión del ISS no representa una supresión de la entidad y por lo tanto no se vulnera la disposición contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002, pues como ya se afirmó el Gobierno sí estaba facultado por la Ley referida para escindir el ISS, por tanto con la expedición del Decreto acusado no se modificó en ninguna manera el parágrafo del artículo 155 de la Ley 100 de 1993, pues el ISS sigue cumpliendo las funciones asignadas por la ley, en materia de pensiones y de salud.

En ese orden de ideas manifiesta que: "...aún si en gracia de discusión se admitiese que la expedición del Decreto 1750 de 2003 tuvo como efecto la modificación parcial del parágrafo del artículo 155 de la Ley 100 de 1993, ello en nada sería una razón de inconstitucionalidad de dicho Decreto Ley. Es claro que la jerarquía de los decretos leyes tienen en el orden jurídico es la misma de la ley, no es inferior ni superior. Por esta razón, si un decreto ley posterior resulta contrario a una ley anterior, entonces no cabe decir que el decreto ley es inconstitucional o ilegítimo de algún modo por violar la ley, sino simplemente que el decreto derogó o abrogó la ley anterior...".

Afirma que el artículo 1 del artículo acusado tampoco vulnera el artículo 58 superior, toda vez que, el concepto de escisión en el que se fundamenta el actor es muy restringido, pues se

debe considerar que la escisión no se limita a aspectos funcionales y estructurales sino que involucra el traslado de activos, patrimonios o cuentas de las entidades escindidas a las nuevas entidades creadas. Al respecto cita un aparte de la sentencia C-647 de 1997. En esa medida, considera que el actor se equivoca al atribuirle la propiedad al ISS de los aportes parafiscales que constituyen los aportes a seguridad social, pues ésta entidad como la empresa que haga sus veces, es un simple administrador de tales recursos, en consecuencia, no puede hablarse de vulneración al derecho de propiedad cuando en el caso concreto no está en juego la propiedad sobre ningún bien.

Estima que el artículo 3 del Decreto 1750 de 2002 no vulnera ningún precepto constitucional, toda vez que, con la expedición del citado Decreto no se está calificando de manera primigenia que el servicio de salud es “esencial”, pues el legislador extraordinario lo que hace es reiterar la calificación de la salud como un servicio público esencial que el legislador ordinario estableció en el artículo 152 de la Ley 100 de 1993. Al respecto cita la sentencia SU-819 de 1999.

Ahora bien considera que aunque el Decreto acusado no hubiera establecido nada en relación con el carácter de servicio público esencial del servicio de salud dicho servicio de todos modos tendría ese carácter, en virtud de lo establecido en el artículo 152 de la Ley 100 de 1993. Igualmente estima que es errónea la interpretación que el actor hace del artículo 56 superior, en el sentido de que la declaración de servicio público esencial solo puede ser efectuada por el Legislador Ordinario, pues la norma constitucional no distingue en este artículo entre legislador ordinario y extraordinario y únicamente se refiere al Legislador, y por tanto donde el texto de derecho no distingue, no le es dable al interprete distinguir.

En relación con los numerales 6, 7 y 10 del artículo 4 del Decreto 1750 de 2003, afirma que éstos no vulneran los artículos 13, 25, 53, 54, 122, 123 y 125 superiores. El numeral 4, en la medida en que: “...es evidente que la circunstancia de que este Decreto Ley prevea la posibilidad de contratar con las personas jurídicas constituidas por los exfuncionarios del Instituto de Seguros Sociales, o en las que éstos hagan parte que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad, en nada impide que se contrate también con otras personas naturales y jurídicas distintas, ya que la expresión demandada no establece que sea exclusiva con las personas a las que se refiere esta disposición...”.

Respecto del numeral 7 del artículo 4, aduce que la expresión “financiera” no expresa ánimo lucrativo, sino la situación de sostenibilidad financiera de la Nación, de acuerdo con el objeto establecido por el Legislador en el artículo 1 de la Ley 790 de 2002, para renovar y modernizar la estructura de la administración pública del orden nacional, con la finalidad de garantizar dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, igualmente, el legislador reitera el concepto de sostenibilidad financiera de la Nación en el párrafo 1 del artículo 16 de la Ley 790 de 2002.

En lo que respecta al numeral 10 del artículo 4, considera que ésta Corporación debe declararse INHIBIDA frente a ese cargo ya que el demandante no establece en forma clara y precisa la vulneración de los preceptos superiores, más aún, si se considera que la Ley habilitante facultó al Gobierno Nacional para reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública Nacional.

Señala que el artículo 8 de la norma acusada no vulnera el artículo 128 superior, toda vez que, las Juntas Directivas de las ESEs no están compuestas exclusivamente por servidores públicos, sino que cuatro de los siete miembros no son empleados; por tanto no le es aplicable la prohibición prevista en el artículo constitucional referido; además: "...En cuanto a los servidores públicos el Legislador mediante la Ley 4 de 1992, artículo 19, literal f) estableció la excepción a esta prohibición general, al determinar que quedan exceptuados de dicha prohibición, los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas..."

Considera que frente a los numerales 9 y 14 del artículo 9, la Corte debe declararse INHIBIDA, en relación con el primer numeral, pues la demanda no incluye un concepto de violación de estos artículos que haga inteligibles las razones de la pretendida inconstitucional y en lo que tiene que ver con el segundo numeral pues el demandante no precisó qué disposición constitucional estima presuntamente vulnerada.

En lo que tiene que ver con el artículo 11 del Decreto 1750 de 2003, la Corte debe desestimar el cargo formulado por el actor, toda vez que: "...la razón fundamental es que este artículo en nada contradice el texto de párrafo del artículo 125 de la Constitución, de la forma en que fue adicionado por el artículo 6 del acto legislativo número 01 de 2003, Si se observa éste párrafo con atención, se comprenderá que se refiere a los periodos establecidos en la Constitución o en la ley para cargos de elección. Esto quiere decir que, como además es acorde con la finalidad de la norma, la exigencia de un periodo institucional es para los cargos de elección popular y no para cargos de designación. Y como establece con toda claridad el artículo 11, el cargo de Gerente General de las Empresas Sociales del Estado es de designación y no de elección. Este gerente es designado por el Gobierno Nacional, de terna presentada por la Junta Directiva y aceptada por este..."

Argumenta que en relación con el numeral 5 del artículo 12 del Decreto 1750 de 2003, es exequible por las mismas razones que en el numeral 4 del artículo 4 de la norma acusada. Igualmente, en relación con el artículo 15, se deben tener en cuenta las razones de constitucionalidad que se expresaron frente al artículo 1 del Decreto 1750 de 2003.

Manifiesta que frente al artículo 16 del Decreto acusado, la Corte debe declararse INHIBIDA para resolver sobre el cargo, pues el actor no precisó ni definió que parte del artículo referido es la que resulta inconstitucional y en consecuencia que norma constitucional resulta vulnerada. Afirma entonces que se debe declarar la constitucionalidad de dicho artículo, por varias razones entre otras: "...por coherencia del sistema jurídico y por respeto del principio de igualdad, el Presidente de la República debía reconocer necesariamente la prescripción contenida en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, según la cual, los servidores de las Empresas Sociales del Estado que se dedican a la prestación del servicio público de salud, son empleados públicos y no trabajadores oficiales...", más aún si se tiene en cuenta que las Empresas Sociales del Estado son una categoría especial de entidad pública descentralizada que no puede reducirse a ninguna otra categoría, de conformidad con lo previsto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido considera que: "...Esa categoría especial de entidad pública, cuya constitucionalidad ha sido declarada en varias oportunidades por la Corte Constitucional, se

distingue de todas las otras hasta ahora existentes y de todas aquéllas a que el Legislador pueda dar lugar, con fundamento en la competencia constitucional para crear personas jurídicas diversas a las existentes. Frente a cada tipo de persona jurídica el legislador puede determinar discrecionalmente su estructura orgánica y funcional, su especial naturaleza jurídica y el régimen de vinculación laboral que mantendrá con sus servidores...". Al respecto cita las sentencias C-408 de 1994 y C-702 de 1999.

Igualmente señala que dentro de la caracterización de las Empresas Sociales del Estado el legislador ha establecido que sus servidores tienen la categoría de empleados públicos y no de trabajadores oficiales, situación que es coherente con el hecho de que en el ordenamiento jurídico colombiano, las personas vinculadas a las Empresas Públicas que prestan el servicio de salud, tengan la categoría de empleados públicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 26 de la Ley 10 de 1990.

En esa medida manifiesta que: "...los servidores de la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas que organizan y prestan servicios de salud, tal como lo establece el acusado artículo 16 del Decreto 1750 de 2003, tienen por regla general el carácter de empleados públicos y sólo son trabajadores oficiales quienes desempeñan cargos directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o servicios generales. Resulta entonces más coherente y respetuoso del principio de igualdad, que a los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado, a que da lugar la escisión del Instituto de Seguros Sociales, se les de la misma clasificación que la Ley 10 de 1990 y la Ley 100 de 1993 dan a los servidores de las instituciones que prestan servicios de salud, que asimilarlos a la clasificación que se adopta para los servidores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado...".

De la misma forma estima que el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003, tampoco vulnera el artículo 58 superior, pues el artículo 18 de la misma norma estableció claramente una cláusula de protección de los derechos adquiridos de los servidores públicos, de forma tal que, el nuevo status de empleados públicos de los servidores de las Empresas Sociales del Estado no conlleva ninguna afectación de los derechos adquiridos de los servidores públicos referidos.

Argumenta que el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003 no vulnera el artículo 122 superior, en la medida en que la figura de la incorporación automática tiene el fin legítimo de proteger los derechos de los trabajadores, garantizando la continuidad laboral y la estabilidad en el empleo, prueba de ello es que esa figura ha sido utilizada en la reestructuración de otras entidades como la DIAN. Además: "...la utilización de esta figura en el caso del Instituto de Seguros Sociales se fundamenta constitucionalmente como un medio para garantizar en todo momento y de forma continua la prestación del servicio de salud, servicio público esencial a cargo del Estado. La prestación de este servicio es un "objetivo estatal imperioso" que, de acuerdo con la Sentencia C-562 de 1996, en la que se consideró constitucional la incorporación automática para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de educación (con mayor razón puede considerarse constitucional cuando se trata de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud), justifica el uso de la figura...".

Igualmente, destaca que la carencia de una norma que especificara la planta de personal

para la incorporación automática a las Empresas Sociales del Estado de los servidores vinculados a la vicepresidencia de prestación de servicios de salud, a las clínicas y a los centros de atención ambulatoria del ISS no afectaría la constitucionalidad del artículo, sino acaso su eficacia.

Frente al cargo formulado contra el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, estima que la Corte debe declararse INHIBIDA para fallar, pues el demandante no incluyó un verdadero concepto de violación, que haga inteligible por qué el texto del artículo referido vulneran los artículos 25, 53, 55, 56, 58 y 83 constitucionales, así como los Convenios Internacionales 87, 98, 151 y 154 de la OIT.

En ese orden de ideas manifiesta que si bien el actor no explicita el concepto de la violación, bien podría inferirse que éste estima que el artículo 18 es inconstitucional en la medida que sólo considera como derechos adquiridos de los servidores del Instituto de Seguros Sociales, que ahora sean empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado que de él se han escindido, los que se hubieren causado y los que hubieren ingresado al patrimonio del servidor. Así pues: “El problema jurídico planteado por el cargo sería entonces, si está constitucionalmente prohibido al legislador no considerar como derechos adquiridos a las meras expectativas que los trabajadores oficiales tenían en virtud de sus convenciones colectivas y que ya no le son aplicables por haber cambiado su régimen al de empleados públicos...”.

En ese sentido señala que: “...con fundamento en la propia jurisprudencia constitucional y algunos argumentos interpretativos de la Constitución, este problema jurídico debe responderse de manera negativa, es decir, debe reconocerse que el legislador sí puede considerar como meras expectativas y no como derechos adquiridos las situaciones jurídicas de los servidores del Instituto de Seguros Sociales que no fueron contempladas por el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003. Al respecto cita las sentencias C-168 de 1995, C-647 de 1997 y T-796 de 2001.

Considera que: “...tampoco debe ser acogido el argumento aducido por el actor relativo al nuevo status de empleados públicos de los servidores de las Empresas Sociales del Estado.

El Presidente de la República tenía la facultad extraordinaria para definir el status de empleados públicos de estos servidores. En el caso del Decreto Ley 1750 de 2003, incluso no se trata de una definición original del Presidente, sino del reconocimiento de que en el sistema jurídico colombiano, el carácter de empleados públicos es connatural a la estructura de las Empresas Sociales del Estado. Aún si el Presidente no hubiese señalado nada a este respecto, debía entenderse que los servidores de esas ESEs debían ser empleados públicos, so pena de, como ya se mencionó vulnerar el principio de igualdad, por discriminar a los empleados públicos de otras instituciones que prestan los servicios de salud...”.

Estima que tampoco se vulneraron los Convenios Internacionales de la OIT referidos por el actor, toda vez que: “...de ellos no se deriva el imperativo de que todos los servidores públicos deban regular sus condiciones laborales mediante la convención colectiva. Si esto fuera, así, resultaría inconstitucional la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, en donde se declara conforme a la Constitución la distinción entre trabajadores oficiales y empleados públicos y su aplicación al régimen de los servidores públicos. Todo el régimen

laboral de los empleados públicos sería de plano inconstitucional en razón de las fuentes de derecho en donde podría estar regulado...”.

En relación con el artículo 19 del Decreto acusado, considera que esta Corporación debe declararse INHIBIDA para decidir sobre el cargo formulado, pues el actor no señaló la norma de la Constitución que resulta vulnerada ni las razones claras y precisas por las que el artículo referido es inconstitucional.

Señala que en relación con los numerales 1 y 2 del artículo 20 y el artículo 26 del Decreto 1750 de 2003, debe también la Corte declararse INHIBIDA para decidir sobre los cargos formulados a este respecto y por tanto subsidiariamente deberá declarar la constitucionalidad de esas normas, teniendo en cuenta el concepto de escisión que no se limita a aspectos funcionales y estructurales sino que involucra el traslado de activos, patrimonios o cuentas de las entidades escindidas a las nuevas entidades creadas. Al respecto cita la sentencia C-647 de 1997.

Asevera que en relación con el párrafo 1 del artículo 20 contenido en el Decreto 1750 de 2003, no vulnera ningún precepto constitucional y por tanto la Corte deberá desestimar el cargo formulado y en su lugar declarar la exequibilidad de esa norma, en la medida que: “...dicho párrafo primero no vulnera los principios constitucionales del trabajo, porque no prohíbe que las Empresas Sociales del Estado encarguen a servidores públicos la elaboración de los inventarios de sus bienes. Es más, el párrafo lo contempla como primera posibilidad, alternativa a la contratación externa para llevar a cabo esta labor. En segundo lugar, de ninguna manera puede deducirse de los principios constitucionales que regulan el trabajo que todas las actividades que una Empresa Social del Estado deba cumplir, tengan que llevarse a cabo por parte de servidores que tengan una relación legal y reglamentaria o una vinculación laboral con el Estado...”.

En ese sentido, estima que además se debe considerar el principio de eficiencia de la administración, que también faculta a las entidades administrativas a cumplir sus funciones con las estrategias más adecuadas para esos fines.

Finalmente en relación con el cargo formulado contra el artículo 24 del Decreto 1750 de 2003, considera que la Corte debe declararse INHIBIDA para resolverlo, toda vez que el demandante no señaló tampoco las razones que fundamentan la inconstitucionalidad ni la norma de rango superior vulnerada. Además, se debe considerar que ninguna norma constitucional prohíbe al Instituto de Seguros Sociales contratar la prestación del servicio de salud, así como ninguna norma constitucional le impone que preste ese servicio directamente con sus propios recursos humanos y físicos.

#### 4.2.6 Escuela Superior de Administración Pública

Wilyan Jair Galarraga Guzmán actuando en calidad de apoderado judicial de la Escuela Superior de Administración Pública, interviene en el presente proceso y solicita la declaratoria de constitucionalidad artículo 16 de la Ley 790 de 2002 y del Decreto 1750 de 2003, con fundamento en las razones que a continuación se resumen.

En ese sentido considera que el artículo 20 de la Ley 790 de 2002 estableció que entre otras

entidades del estado, el Instituto de Seguros Sociales, no sería suprimido. No obstante, el artículo 16 de la Ley referida en el párrafo 1 facultó al Gobierno para renovar la estructura de la Administración Pública Nacional, de forma tal que, el Gobierno tenía las facultades necesarias para intervenir el ISS con la única limitante de que no podía suprimirlo, situación que no se llevó a cabo durante el proceso de reestructuración del Estado.

Estima que las razones de inconstitucionalidad que se plantean por el demandante tienen como fundamento la Ley que facultó al Presidente para llevar a cabo el proceso de reestructuración del Estado, en consecuencia, ésta norma debió ser objeto de la demanda y no el Decreto 1750 de 2003.

Destaca que: "...El artículo 150, numeral 10 de la Constitución Política, determina la función legislativa en cabeza del Congreso de la República, en forma permanente, pero esta función constitucional puede ser objeto de traslado temporal al Presidente de la República, en virtud de concesión de facultades extraordinarias, que después de la Constitución de 1991, el Congreso puede establecerle limitantes y condiciones...", de forma tal que, la necesidad o conveniencia de conferir facultades extraordinarias al Gobierno Nacional, es un asunto de competencia exclusiva del Congreso, pues sólo a él corresponde decidir si la solicitud que en ese sentido le presenta el Gobierno está plenamente justificada y, por tanto, es indispensable y oportuno aceptarla.

Manifiesta que el actor desconoce que la Ley 790 de 2002 en el artículo 16, otorgó facultades al Presidente, para escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley e igualmente en el párrafo 1 del artículo 16 se estableció que las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno, son para renovar la estructura de la Administración Pública y funcionamiento de la Administración, por consiguiente, con base en esas facultades es que el Presidente procedió a expedir el Decreto 1750 de 2003 sin que en ningún momento hubiera excedido las potestades que allí le fueron conferidas.

En ese orden de ideas afirma que: "...El Presidente de la República tiene facultades para reestructurar entidades del orden nacional, incluido el Instituto de Seguros Sociales, con la limitación de no suprimirlo, por lo que nada se opone en nuestra Constitución a que dentro del proceso de reestructuración de las entidades del Estado, pueda modificar las plantas de personal, siempre que se respeten sus derechos adquiridos tal y como lo ordena, de modo genérico, el artículo 58 constitucional y, de modo específico para las materias laborales, el artículo 53 de la misma Constitución...".

Aduce que la legislación define claramente el régimen legal y constitucional de derechos y procedimientos que se pueden ejercer para la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores, en el evento de que éstos resulten afectados como consecuencia de una actuación o decisión administrativa, de forma tal que, en aquellos eventos en que se adelantan programas de reestructuración administrativa, con el fin de reducir el aparato estatal, los empleados y funcionarios públicos que se vean involucrados, necesariamente deberán ser indemnizados a la luz de los criterios establecidos en la ley, esto es, deben acudir a la Jurisdicción Contenciosa o a la Ordinaria Laboral según sea el caso con ese fin.

Concluye que en el caso del Decreto 1750 de 2003 el Gobierno Nacional lo que hizo fue organizar el ISS, redistribuyendo sus funciones, variando su patrimonio y creando

dependencias más ágiles, sin suprimirlo, pero sí buscó su sostenibilidad financiera, conforme a las nuevas realidades económicas del país, por tanto al comparar las facultades que fueron conferidas a través de la Ley 790 de 2002, es claro que el Gobierno Nacional respetó los límites fijados por la norma referida y con base en ésta adelantó el proceso de reestructuración de la Administración Pública Nacional.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Procurador General de la Nación allegó el concepto número 3468, recibido el 26 de enero de 2004, en el cual solicita a la Corte declarar la exequibilidad del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, así como de los artículos 1, 3, 4, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 24 del Decreto 1750 de 2003.

Igualmente solicita la declaratoria de inexequibilidad del numeral 6 del artículo 4, el numeral 4 del artículo 9, y el numeral 5 del artículo 12 del Decreto 1750 de 2003, así como que se declare inhibida para pronunciarse en relación con el artículo 23 acusado, por ineptitud sustancial de la demanda en este punto.

El interviniente considera que si bien la demanda de constitucionalidad se dirige contra el Decreto 1750 de 2003, el actor señala que las facultades fueron otorgadas con el desconocimiento del ordenamiento superior y por tanto esa circunstancia hace necesario conformar la unidad normativa y analizar el artículo 16 de la Ley 790 de 2002.

Recuerda que el numeral 7 del artículo 150 superior, establece como una de las funciones propias del Congreso, la de determinar la estructura de la administración nacional, de forma tal que, el legislador es titular de la competencia para determinar la estructura de la administración nacional, competencia ésta que ejerce de manera general y en todo tiempo, y por tanto solo tiene limitantes de orden constitucional. Así mismo, los numerales 15 y 16 del artículo 189 superior señalan que es competencia del Presidente modificar la estructura de la administración nacional de conformidad con los principios y reglas que fije la ley: "...significa lo anterior, que ésta es una competencia de carácter administrativo, reglada, restringida, subsidiaria y sometida a los mandatos que al respecto establezca la ley...".

Considera que si bien es cierto que la ley que debe expedir el Congreso en virtud del numeral 7 del artículo 150, materialmente puede tener las características de una ley marco, el Constituyente en la numeración de éste tipo de leyes no incluyó la de la determinación de la estructura de la Administración Nacional, motivo por el cual no se puede afirmar que esa materia deba ser regulada por este tipo de leyes y por consiguiente el legislador puede validamente conceder facultades extraordinarias al Presidente con el fin de que regule esa materia.

En ese sentido indica que la Ley 790 de 2002 delimita en forma clara y concreta la materia objeto de regulación pues se refiere a la potestad del Gobierno Nacional de escindir o dividir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley. Igualmente en lo que respecta a la finalidad para la que se concedieron las facultades extraordinarias, el parágrafo 1 de la norma referida señala claramente el objeto de éstas y así mismo determina los criterios que debe tener en cuenta el Presidente frente a las entidades que debe escindir.

Argumenta que la facultad de modificar contenida en el literal e) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002: "...debe entenderse unida a la de señalar y determinar la estructura y los objetivos de las entidades escindidas y de las que asuman sus funciones y por tanto, sin perjuicio de la facultad constitucional reconocida al Presidente de la República en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución, la que puede ejercer en cualquier tiempo con sujeción a los principios señalados en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, en los términos de la sentencia C-702 de 2000).

Afirma que en relación con la materia y finalidad para la que se otorgaron las facultades extraordinarias, la Ley 790 de 2002 es precisa, toda vez que indica de manera clara que corresponde al Presidente señalar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades que resulten de las fusiones y los de aquellas a las que se trasladen las funciones de las suprimidas, con el objeto de racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública o con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación, por tanto: "...no le asiste razón al demandante en cuanto a la omisión del legislador relativa al señalamiento de los objetivos que se perseguía lograr mediante el ejercicio de las facultades extraordinarias...".

En ese mismo sentido sostiene que la Ley 790 de 2002 también demarcó los límites dentro de los que el Gobierno Nacional debe organizar la administración nacional, esto es, fijó los criterios para orientar esa decisión y así mismo, los literales f) y g) del artículo 16 de la Ley referida, otorgaron al Presidente precisas facultades extraordinarias con ese propósito e incluso en relación con la finalidad para la que se concedió esa autorización al Gobierno, cabe mencionar que el parágrafo 1 del artículo 16 precisa que las facultades deben ser ejercidas "con el propósito de racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública o con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación".

Asevera que en relación con la escisión del ISS: "...Una vez analizada la facultad concedida en el literal d) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, se observa que resultan ajustados a la Carta los artículos 1, 15 y 19 en lo relacionado con la escisión del ISS, por cuanto no se vulneró la prohibición del artículo 20 de la Ley referente a la supresión del ISS, ya que se escindió de él una de sus actividades, sin afectar su existencia, si bien no puede desconocerse que se trata de uno de los servicios más representativos de la entidad...". Así mismo, en cuanto al artículo 3, tampoco es cierto que haya existido extralimitación de facultades extraordinarias al definir el carácter esencial del servicio que prestan las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto acusado, pues ese servicio de salud ya había sido definido por el legislador ordinario en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 y por tanto lo único que se hizo fue reiterar lo señalado en la citada Ley.

Considera que el demandante tiene razón al estimar contrarios al artículo 13 superior los numerales 6 del artículo 4, el numeral 4 del artículo 9 y el numeral 5 del artículo 12, toda vez que, esas normas no pueden ser justificadas como una forma indirecta de indemnización a la clase de funcionarios que ella se refiere y además tampoco: "...es de recibo el suponer que éstas disposiciones atienden a la óptima prestación del servicio por parte de las empresas sociales del estado creadas por el Decreto 1750 de 2003, por cuanto no hay ningún referente objetivo para suponer que estos funcionarios o las entidades formadas por ellos o de las que

hagan parte, son los más idóneos, son que medie un proceso transparente y objetivo de selección de los contratistas...”.

Afirma que el párrafo 3 del artículo 8 del Decreto acusado, no vulnera el artículo 128 superior, toda vez que, se limita a señalar que los miembros de las Juntas Directivas de las entidades creadas, tendrán derecho a honorarios de acuerdo con la tarifa que fije el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y además esa previsión se encuentra también establecida como una situación excepcional en la Ley 4 de 1992.

Igualmente considera que no existe vulneración por parte de los artículos 9 y 20 de la norma acusada, en relación con el primero porque la determinación de las diferentes formas de vinculación con la administración no vulnera el derecho a la igualdad, sino que responde a la naturaleza de la función y las necesidades del servicio, evaluadas previamente por el legislador ordinario o extraordinario facultado para determinar la estructura administrativa de una entidad y para señalar en qué momento puede un particular ejercer una función pública. En lo que tiene que ver con el segundo tampoco existe ninguna violación a la Constitucional toda vez que los particulares pueden colaborar con la administración, especialmente cuando sea necesario con el fin de poder realizar de manera eficiente la reestructuración de las entidades.

Manifiesta que en relación con el periodo señalado para los gerentes de las empresas creadas por el Decreto 1750 de 2003, no se vulnera la Carta Superior por el hecho de que se establezca un periodo de tres años con posibilidad de reelección, pues: “...si bien el artículo 6 del Acto Legislativo 01 de 2003 señala que los periodos son institucionales tanto para los periodos que señala la Constitución como la ley, norma referida a los cargos de elección, nada dice en relación con la reelección, y, en consecuencia, el que se establezca que el cargo de gerente de las ESEs, será reelegible no desconoce la Constitución, pues ésta en ninguna de sus normas se refiere a tales cargos...”.

Estima que el Gobierno Nacional no se excedió en el uso de las facultades concedidas por el legislador ordinario, pues si bien estas facultades tienen que ser expresas y precisas y no pueden ser interpretadas de manera extensiva, no se requiere que el legislador tenga que señalar en forma minuciosa la materia a la que deba referirse el Gobierno siempre y cuando de estos aspectos puedan desprenderse de forma directa e inequívoca de las facultades concedidas. En ese sentido debe entenderse que: “... la reforma de una entidad tiene inevitablemente efectos sobre su planta de personal y la organización del mismo, pero sólo en la medida en que sea indispensable para modificación del organismo y no en aspectos que no sean inherentes a la transformación orgánica de éste, es decir, aquellos cambios necesarios en atención a la nueva naturaleza, objetivos y funciones y en cualquier caso, estas medidas no podrán afectar los derechos adquiridos de los trabajadores...”.

Considera que las normas demandadas eran necesarias para la reforma orgánica de las entidades u organismos escindidos, pues debe regularse el destino de los trabajadores que se vinculen a las entidades que asuman las funciones de la entidad escindida y de los trabajadores que pasarán de la entidad originaria a las nuevas entidades, evitando así que se genere un vacío jurídico en relación a estos servidores, más aún cuando las normas incorporan la protección de los derechos adquiridos de esos trabajadores y señalan que no

habrá solución de continuidad de su relación laboral, ni desmejora en sus condiciones salariales, de forma tal que, las normas acusadas se ajustan a los criterios de la Ley 4 de 1992 y son concordantes con la Ley 100 de 1993, en lo relativo al régimen de los servidores vinculados a las Empresas Sociales del Estado.

Estima que el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003 se limitó a recoger lo señalado en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el que en relación con el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado señala que las personas vinculadas con estas entidades tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales. Igualmente aduce que el artículo 17 se encuentra acorde con la figura de la escisión de las entidades, pues debe regularse la incorporación a éstas del personal vinculado a las empresas objeto de escisión y no representa en sí misma un perjuicio para los trabajadores en tanto que esa norma les reconoce el cómputo del tiempo laborado para todos los efectos legales, sin solución de continuidad.

Sostiene que el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003: "...tampoco conlleva una extralimitación de las facultades otorgadas al Ejecutivo, en tanto que señala que el régimen laboral y prestacional de los empleados vinculados a las Empresas del Estado, creadas por el Decreto será el propio de los de la rama ejecutiva del nivel nacional dejando a salvo los derechos adquiridos de los servidores que se incorporen a ellas, aclarando que se tendrán como derechos adquiridos las situaciones jurídicas consolidadas...". En ese mismo sentido el párrafo del artículo referido que es una norma de carácter transitorio, pretende garantizar el mantenimiento de las condiciones de los servidores del ISS que se incorporen a las Empresas Sociales del Estado, creadas por el Decreto 175 de 2003, esto es, la protección de sus derechos adquiridos.

Aduce que el artículo 19 contenido en la norma acusada también resulta necesario para proteger la situación de los servidores incorporados, en consecuencia, no existió en su expedición exceso de las facultades concedidas toda vez que, la norma no establece el régimen de carrera ni sus elementos esenciales como son los requisitos y condiciones para el ingreso a aquella, la permanencia, el retiro, entre otras, pues esos elementos deben ser determinados expresamente por el legislador: "...por tanto el Gobierno Nacional solamente se limitó a señalar las condiciones transitorias de los servidores en tanto se limita a regir la carrera de los empleados de las Empresas Sociales del Estado...".

Considera entonces que: "...las normas demandadas no vulneran los preceptos constitucionales y en particular el artículo 150, numeral 10, por exceso en el uso de las facultades y no afectan los derechos adquiridos de los trabajadores, incluyendo en ellos los derivados de las convenciones colectivas, puesto que los procesos de modernización o reestructuración del Estado no pueden afectar derechos laborales protegidos constitucionalmente... Tampoco vulneran el artículo 150, numeral 19, en cuanto el Ejecutivo no está expidiendo una ley marco, sino que está tomando medidas necesarias y derivadas del proceso de escisión, dentro de los parámetros legales existentes...".

Manifiesta que los artículos 20 y 26 contenidos en el Decreto acusado: "...señalan, de una parte, la conformación del patrimonio de las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003 y, de otra parte, lo relativo a la transferencia de bienes por parte del

ISS a las nuevas Empresas Sociales del Estado. Ello también es un aspecto necesario cuando se escinde una entidad y se crean nuevas entidades para asumir sus funciones, de tal manera que para que éstas puedan cumplir los objetivos a cargo de los organismos o entidades escindidas, es indispensable determinar su patrimonio. El crear una persona jurídica implica determinar los elementos esenciales de ésta como son, entre otros: su denominación, su naturaleza y régimen jurídico, su domicilio, objeto, su patrimonio, sus órganos de dirección y su estructura...". Al respecto cita la sentencia C-647 de 1997.

Finalmente estima que el artículo 24 del Decreto 1750 de 2003 tampoco representa un extralimitación de las facultades del Gobierno, toda vez que, es necesario para garantizar la continuidad del servicio, establecer un periodo en el que, el ISS contrate con las entidades escindidas de él los servicios, con el fin de evitar traumas que afecten a los usuarios y así mismo, permitir que las entidades creadas por el Decreto puedan seguir funcionando y tengan un plazo para adecuarse a las nuevas condiciones en las que deberán funcionar.

Concluye entonces que en la política de reestructuración de la Administración Pública debe primar el interés general que justifica la supresión, fusión, creación, escisión o cualquier otra forma de modificación de entidades públicas, pues si bien se trata de proteger los derechos de los empleados de carrera ello no implica la imposibilidad de modificar su régimen laboral, en ese sentido: "...el régimen laboral no es en sí mismo un derecho adquirido y por tanto, las reformas administrativas pueden tener como consecuencia el cambio del carácter de relación laboral como ocurre en este caso, en el cual quienes eran trabajadores oficiales pasan a ser empleados públicos, puesto que es la naturaleza jurídica de la entidad la que determina el régimen laboral de los servidores que se incorporen a ella, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-880 de 2003...".

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numerales 4° y 5° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las normas acusadas hacen parte de una Ley de la República y de un Decreto con fuerza de ley expedido por el Presidente de la República.

### 2. La materia sujeta a examen

El actor formula, ordenándolos como petición principal y como peticiones subsidiarias los siguientes cargos:

- En relación con los literales d), e), f), y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2003 considera que se vulnera i) el artículo 150-10 por a) falta de precisión de las facultades concedidas, b) por la supuesta ausencia de una situación excepcional que justificara el otorgamiento de las facultades extraordinarias y c) por la supuesta ausencia de una petición expresa por parte del Gobierno de la facultad de escindir, y ii) el artículo 158 superior por la supuesta ausencia de unidad de materia en dicho artículo 16. Y en este sentido por ser inexecutable las facultades invocadas para su expedición solicita la consecuente declaratoria de

inexequibilidad de la totalidad del Decreto 1750 de 2003.

- En subsidio considera que se debe declara la inexequibilidad de la totalidad del Decreto 1750 de 2003 por cuanto con su expedición i) se habría desconocido la expresa prohibición contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002 de suprimir el Instituto de los Seguros Sociales, ii) el Presidente de la República se habría extralimitado en el ejercicio de las facultades que no lo autorizaban a escindir el Instituto de los Seguros Sociales y iii) se habría vulnerado el principio de buena fe (art. 83 C.P.) dado que se desconoció el Acuerdo Integral suscrito con las organizaciones sindicales de la entidad que establecía “la unidad de empresa del ISS”.

- En subsidio, solicita que se declare la inexequibilidad de las siguientes disposiciones del Decreto 1750 de 2003: i) el artículo 1° por haberse desconocido la prohibición de suprimir el Instituto de los Seguros Sociales contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002 y porque sin estar facultado para ello el Gobierno suprimió las funciones de dicho Instituto relacionadas con la prestación de salud, al tiempo que despojó al Instituto de sus bienes ii) la expresión “esencial” contenida el artículo 3° por carecer el Gobierno de facultades para establecer dicho carácter para el servicio que prestan las ESES, iii) los artículos 4° numeral 6, 9° numeral 4, y 12 numeral 5 del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento del artículo 13 superior, iv) la expresión “y financiera” contenida en los artículos 4° numeral 7 y 6° del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desbordamiento de las facultades extraordinarias, v) las expresiones “conforme a las normas legales” contenida en el numeral 10 del artículo 4°, y “y reglamentos” contenida en el numeral 14 del artículo 9° del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desbordamiento de las facultades extraordinarias, vi) el párrafo 3 del artículo 8° del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento del artículo 128 superior, vii) el numeral 9 del artículo 9° del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento del artículo 13 superior, viii) las expresiones “periodo de tres años prorrogables” contenidas en el artículo 11 del Decreto 1750 de 2003 por la supuesta vulneración del artículo 125 superior, ix) las expresiones “la escisión del Instituto de los Seguros Sociales y” contenida en el artículo 15 del Decreto 1750 de 2003 por aludir a la escisión realizada con la que se habrían desbordado las facultades extraordinarias, x) el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desbordamiento de las facultades extraordinarias al variar el régimen laboral sin estar facultado para ello, xi) la expresión “automáticamente” contenida en el artículo 17, así como en el párrafo del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 por la supuesta vulneración del artículo 122 superior, xii) las expresiones “Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas” contenidas en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 por la supuesta vulneración de los artículos 25, 53, 55, 56, 58 y 83 superiores, xiii) las expresiones “de las empresas sociales del estado creadas en el presente decreto” contenidas en el artículo 19 del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento de la prohibición contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002, xiv) los numerales 1 y 2 del artículo 20 y contra el artículo 26 del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desbordamiento de las facultades extraordinarias al despojar al Instituto de los Seguros Sociales de sus bienes sin estar el Gobierno facultado para ello, xv) las expresiones “o en su defecto contratará el servicio” contenida en el párrafo 1° del artículo 20 del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento de la protección

especial al trabajo -artículos 25, 53 y 54 superiores-, xvi) contra el artículo 24 por el supuesto desbordamiento de las facultades extraordinarias.

Los ciudadanos Wilson Borja y Julio Alexander Mora Mayorga, presentaron sendos escritos de coadyuvancia en los que, además de ratificar los argumentos del actor sobre la inexecutable total del Decreto 1750 de 2003, hacen particular énfasis en la vulneración del principio de buena fe por el desconocimiento del "Acuerdo Integral" suscrito con las organizaciones sindicales.

El interviniente en representación de la Universidad Santo Tomás, así como los intervinientes institucionales se oponen por su parte a las pretensiones de el actor tanto en lo referente a los cargos contra la totalidad del Decreto 1750 de 2003 como en relación con los cargos específicos formulados contra algunos de sus artículos.

Varios intervinientes institucionales solicitan que la Corte se abstenga de emitir pronunciamiento de fondo en relación con el cargo derivado por el actor de la inexecutable de los literales d, e, f y g del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, así como en relación con los cargos formulados contra los artículos 4 numeral 10, 9 numeral 14, 16, 18, 19, 20 numerales 1 y 2, 24 y 26 por ineptitud sustantiva de la demanda, o en su defecto que se declare su executable.

El Señor Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la executable del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, así como de los artículos 1, 3, 4, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 24 del Decreto 1750 de 2003.

De otra parte solicita la declaratoria de inexecutable del numeral 6 del artículo 4, el numeral 4 del artículo 9, y el numeral 5 del artículo 12 del Decreto 1750 de 2003, así como que se declare inhibida para pronunciarse en relación con el artículo 23 acusado, por ineptitud sustancial de la demanda en este punto.

Corresponde a la Corte en consecuencia determinar si asiste razón o no al demandante en relación con los cargos ya enunciados formulados como petición principal y peticiones subsidiarias i) contra los literales d, e, f, y g del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, ii) la totalidad del Decreto 1750 de 2003 y iii) los artículos 1, 3 (parcial), 4 (parcial), 6 (parcial), 8 (parcial), 9 (parcialmente los numerales 4, 9 y 14), 11 (parcial), 12 numeral 5, 15 (parcial), 16, 17 (parcial), 18 (parcial), 19 (parcial), 20 numerales 1 y 2 y el párrafo 1 (parcialmente), 24 y 26 del Decreto 1750 de 2003.

Previamente la Corte deberá analizar la incidencia de la cosa juzgada constitucional en el presente proceso, así como las solicitudes de inhibición formuladas por los diferentes intervinientes.

### 3. La incidencia de la cosa juzgada en el presente proceso

La Corte constata que tanto en relación con el artículo 16 de la Ley 790, como con el Decreto 1750 de 2003 en las sentencias C-121/04, C-306/04, C-314/04, C-349/04 y C-350/04 la Corte se ha pronunciado sobre varios de los cargos planteados por la actora en el presente proceso, en relación con los cuales se configura el fenómeno de la cosa juzgada

constitucional.

3.1 Cosa juzgada en relación con el cargo formulado contra los literales d) e) y f) el artículo 16 de la Ley 790 de 2002 por imprecisión de las facultades extraordinarias

A su vez la Corte en la sentencia C-349 de 2004 en relación con un cargo por la supuesta imprecisión de las facultades conferidas en el literal d) del artículo 16 de la Ley 790 decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-121 de 2004, en relación con referido cargo de imprecisión de las facultades conferidas para escindir el Instituto de los seguros Sociales<sup>5</sup>.

Ha operado pues en relación con dicho cargo formulado contra los literales d) e) y f) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 que sirvieron de fundamento para la expedición del Decreto 1750 de 2003 el fenómeno de la cosa juzgada constitucional por lo que la Corte se estará a lo resuelto en las sentencias C-121 de 2004 y C-349 de 2004 y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

3.2 Cosa juzgada en relación con los cargos en contra de la totalidad del decreto 1750 de 2003 y contra el artículo 1° y los apartes acusados de los artículos 15 y 19 del mismo Decreto por el supuesto desconocimiento de la prohibición de suprimir contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2003

La Corte constata que en relación con el cargo formulado por el actor contra la totalidad del Decreto 1750 de 2003 por haberse expedido contra la expresa prohibición de suprimir el Instituto de los Seguros Sociales contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002, cargo que igualmente formula contra el artículo 1° y contra los apartes acusados de los artículos 15 y 19 del mismo Decreto, la Corte ya se pronunció en la Sentencia C-349 de 2004 en la que declaró "EXEQUIBLE el Decreto 1750 de 2003, únicamente por los cargos generales formulados en contra de todo su texto examinados en la presente Sentencia"<sup>6</sup>, cargos dentro de los cuales se encontraba precisamente el desconocimiento de dicha prohibición.

Ha operado en consecuencia en relación con dicho cargo el fenómeno de la cosa juzgada constitucional por lo que la Corte se estará a lo resuelto en la Sentencia C-349 de 2004<sup>7</sup> y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

3.3 Cosa juzgada en relación con el cargo formulado contra la totalidad del Decreto 1750 de 2003, por el supuesto desbordamiento de las facultades por carecer el Presidente de la República de la facultad de escindir

La Corte constata que en relación con el cargo formulado por el actor contra la totalidad del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desbordamiento de las facultades por carecer el Presidente de la República de la facultad de escindir, la Corte ya se pronunció en la Sentencia C-349 de 2004 en la que declaró "EXEQUIBLE el Decreto 1750 de 2003, únicamente por los cargos generales formulados en contra de todo su texto examinados en la presente Sentencia.", dentro de lo que se encontraban precisamente el referente a la ausencia de dicha facultad.

Ha operado en consecuencia en relación con dicho cargo el fenómeno de la cosa juzgada constitucional por lo que la Corte se estará a lo resuelto en la Sentencia C-349 de 2004<sup>8</sup> y

así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

3.4 Cosa juzgada en relación con el cargo contra la totalidad del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento del principio de buena fe (art. 83 C.P.) por haberse desconocido el Acuerdo Integral suscrito con las organizaciones sindicales de la entidad que establecía “la unidad de empresa del ISS”.

La Corte constata que en relación con el cargo formulado por el actor contra la totalidad del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento del principio de buena fe (art. 83 C.P.) por haberse desconocido el Acuerdo Integral suscrito con las organizaciones sindicales de la entidad que establecía “la unidad de empresa del ISS”, la Corte ya se pronunció en la Sentencia C-349 de 2004 en la que declaró “EXEQUIBLE el Decreto 1750 de 2003, únicamente por los cargos generales formulados en contra de todo su texto examinados en la presente Sentencia.”, dentro de los cuales se encontraba precisamente el cargo a que alude el actor<sup>9</sup>.

Ha operado en consecuencia en relación con dicho cargo el fenómeno de la cosa juzgada constitucional por lo que la Corte estará a lo resuelto en la Sentencia C-349 de 2004<sup>10</sup> y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

3.5 Cosa juzgada en relación con los cargos formulados contra los artículos 1, 16, 19, 20 numerales 1 y 2 y contra el artículo 26 del mismo decreto 1750 de 2003 por el desbordamiento de las facultades extraordinarias por carecer el Presidente de la República de la facultad de variar el régimen laboral de los trabajadores así como de transferir los bienes y recursos del instituto de los Seguros sociales.

La Corte constata que en relación con los cargos formulados por el actor en contra de los artículos 16, 19, 20 numerales 1 y 2 y contra el artículo 26 del Decreto 1750 de 2003 por el desbordamiento de las facultades extraordinarias por carecer el Presidente de la República de la facultad de variar el régimen laboral de los trabajadores así como de transferir los bienes y recursos del instituto de los Seguros sociales la Corte en la Sentencia C-306 de 2004 decidió “Declarar exequibles los artículos 16, 17, 18, 19, 20 numerales 1 y 2 parágrafos 1 y 2, 22 y 26 del Decreto 1750 de 2003, por los cargos formulados y relacionados exclusivamente con las facultades extraordinarias”.

La Corte constata que en relación con cargos similares formulados contra los artículos 1, 20 numeral 1 y 26 del Decreto 1750 de 2003 la Corte en la Sentencia C-409 de 2004 decidió “Estar a lo resuelto en la sentencia C-306 de 2004”.

Ha operado en consecuencia en relación con dichos cargos el fenómeno de la cosa juzgada constitucional por lo que la Corte se estará a lo resuelto en las Sentencias C-306 de 2004 y C-409 de 2004 y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

3.6 Cosa juzgada en relación con los cargos formulados contra el aparte acusado del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003

La Corte constata que en la Sentencia C-314 de 2004 se decidió declarar “EXEQUIBLE el inciso primero del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, incluida la expresión “En todo caso”,

que se declara exequible en el entendido de que hace referencia tanto a los salarios como al régimen prestacional, pero declarar INEXEQUIBLE la expresión 'Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas.' contenida al final de dicho inciso"., por lo que en relación con los cargos formulado por el actor en el presente proceso en contra de las expresiones "Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas" contenidas en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, habrá de estarse a lo resuelto en la referida sentencia C-314 de 2004 y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

#### 4. Las solicitudes de inhibición<sup>11</sup>

4.1 Rechazo de la solicitud de inhibición en relación con la acusación en contra el Decreto 1750 de 2003 que el actor deriva de manera consecuencial de la inexecutable que él alega de los literales d), e) f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002

Para varios de los intervinientes la Corte debe declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en relación con los cargos contra los literales d), e) f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, así como con el cargo que de manera consecuencial formula el actor contra el Decreto 1750 de 2003 por considerar que dichos literales son inconstitucionales y por tanto no podían servir de sustento al referido Decreto. Criterio que no comparte el señor Procurador General de la Nación para quien deben analizarse tanto los cargos contra los literales d), e) f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 como contra el Decreto 1750 de 2003.

Al respecto la Corte señala que si bien el actor en su demanda inicial no incluyó de manera expresa los literales d), e) f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 dentro de las normas acusadas de inconstitucionalidad, en la corrección de la demanda efectuada en cumplimiento del auto del 23 de septiembre de 2003, atendiendo las indicaciones allí consignadas solicitó que previamente al examen de los demás cargos formulados en su demanda se examinara la exequibilidad de los referidos numerales, frente a los cuales formuló cargos concretos de inconstitucionalidad al tiempo que solicitó que consecuencialmente se declarara la inexecutable del Decreto 1750 de 2003.

Así las cosas, la Corte no atenderá la solicitud de inhibición formulada por los intervinientes y examinará los cargos planteados por el actor en este sentido, respecto de los cuales no se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada.

4.2 Inhibición en relación con la acusación formulada contra la expresión "conforme a las normas legales" contenida en el numeral 10 del artículo 4° del Decreto 1750 de 2003 así como contra el artículo 24 del Decreto 1750 de 2003

La Corte encuentra, en relación con la acusación formulada contra la expresión "conforme a las normas legales" contenida en el numeral 10 del artículo 4°, así como contra el artículo 24 del Decreto 1750 de 2003, que si bien el actor afirma de manera genérica que ha existido un desbordamiento de las facultades extraordinarias, no señala las normas constitucionales que

estima infringidas ni expone claros y precisos argumentos que permitan establecer las razones por las cuales considera que las normas acusadas vulneran la Constitución.

Al respecto, cabe recordar que la Corte ha explicado de manera reiterada que dado que el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política<sup>12</sup>, al ciudadano se le impone entonces como carga mínima que señale claramente las normas constitucionales que considera vulneradas y que sustente de manera específica en relación con ellas el concepto de la violación, a fin de que pueda existir una verdadera controversia constitucional<sup>13</sup>.

Así ha dicho claramente la Corte que:

“3- La formulación de un cargo constitucional concreto contra la norma demandada es uno de los requisitos materiales que debe cumplir el demandante ya que, como lo dijo la Corte al declarar la exequibilidad de esa exigencia, “el ataque indeterminado y sin motivos no es razonable”<sup>14</sup>. Al ciudadano se le impone entonces como carga mínima que sustente de manera específica el concepto de la violación, a fin de que pueda existir una verdadera controversia constitucional. En tales circunstancias, antes de pronunciarse de fondo sobre una demanda, la Corte debe verificar si el actor ha materialmente formulado un cargo, pues de no ser así, la decisión debe ser inhibitoria, ya que la demanda sería “sustantivamente inepta, por no contener cargos concretos de inconstitucionalidad susceptibles de ser analizados y evaluados por ella mediante el ejercicio del control constitucional”<sup>15</sup>. Nótese que la jurisprudencia de esta Corporación exige la existencia de acusaciones susceptibles de ser analizadas y discutidas mediante el trámite propio del control constitucional abstracto, lo cual implica que el demandante debe formular un cargo concreto, de naturaleza constitucional, contra una norma legal. Por consiguiente, el actor no cumple ese requisito si se limita a efectuar una formulación vaga, abstracta y global de los motivos de inconstitucionalidad, sin acusar específicamente la disposición, pues su omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.”<sup>16</sup>

La Corporación ha señalado en este sentido que los requisitos que el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 establece para que los ciudadanos puedan ejercer la acción pública de inconstitucionalidad deben cumplirse no solo formal sino materialmente so pena de ineptitud de la demanda.

Así las cosas, efectuado el análisis que corresponde a esta oportunidad procesal<sup>17</sup>, se ha de concluir en la ausencia de cargos de inconstitucionalidad respecto la acusación formulada contra las expresiones “conforme a las normas legales”<sup>18</sup> contenida en el numeral 10 del artículo 4º, así como contra el artículo 24 del Decreto 1750 de 2003<sup>19</sup> y en consecuencia, la Corte se inhibirá para emitir pronunciamiento de fondo sobre dichas acusaciones, por ineptitud sustancial de la demanda.

## 5. El análisis de los cargos

En relación con los cargos respecto de los cuales no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional o no existe ineptitud sustantiva de la demanda procede la Corte a efectuar el análisis respectivo.

5.1 Análisis del cargo contra los literales d, e, f y g del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 por la supuesta vulneración del artículo 150-10 dada ausencia de manifestación de las razones de necesidad o conveniencia pública que justificara el otorgamiento de las facultades extraordinarias, así como de una petición expresa por parte del Gobierno de la facultad de escindir el Instituto de los Seguros Sociales.

Para el actor, además del requisito de precisión de las facultades conferidas -sobre el que, como quedó atrás expresado, la Corte ya se pronunció en las Sentencias C-121y C-349 de 2004-, en el caso de los literales d), e), f), y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 no se cumplió con el requisito de i) señalar por parte del Gobierno las razones de necesidad o conveniencia pública que justificaran la concesión de dichas facultades, ii) como tampoco se habría solicitado expresamente al Congreso la facultad de escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley y en particular al Instituto de los Seguros Sociales.

Al respecto la Corte reitera que para que el Congreso pueda desprenderse legítimamente de la facultad de legislar y conceder, para el efecto, facultades extraordinarias al Presidente de la República, ha de hacerlo con estricto sometimiento a los requisitos esenciales que exige la Constitución Política en el artículo 150, numeral 10.

En este sentido es claro que por figurar dentro de dichos requisitos, como lo señala el actor, las facultades extraordinarias deben ser solicitadas expresamente por el Gobierno<sup>20</sup> quien debe además expresar las razones de necesidad o conveniencia pública que así lo exijan<sup>21</sup>.

En el presente caso la Corte constata que basta con examinar la exposición de motivos que acompañó el proyecto de ley presentado por el Gobierno al Congreso de la República publicado en la Gaceta del Congreso Año XI No. 430 del miércoles 16 de octubre de 2002 págs 1-7 para verificar el cumplimiento de los requisitos que el actor echa de menos en el presente caso<sup>22</sup>.

En ese orden de ideas la acusación formulada por el actor en contra de los literales d, e, f, y g del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 por las razones señaladas no están llamados a prosperar y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

5.2 Análisis del cargo contra los literales d, e, f y g del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 por la supuesta vulneración del artículo 158 superior

Para el actor el Congreso de la República desconoció el artículo 158 superior que establece el principio de unidad de materia por cuanto en dichos literales “el Congreso transfirió sus potestades legislativas en forma indeterminada sobre una gran cantidad de materias sin atender dicho principio superior” .

Al respecto la Corte señala que no puede considerarse que en el presente caso se haya vulnerado el principio de unidad de materia (art. 158 y 169 C.P.) cuyo propósito como lo ha explicado la Corte de manera reiterada en su jurisprudencia<sup>23</sup> “es el de lograr la racionalización y tecnificación del proceso legislativo, en forma tal que la discusión y la aprobación del articulado que se somete a la consideración del Congreso de la República se ordene alrededor de un “eje central”, en relación con el cual todas las partes de un proyecto

de ley han de guardar necesaria coherencia y armonía.”<sup>24</sup> Y que dicho principio “no puede entenderse dentro de un sentido estrecho y rígido al punto que se desconozcan o ignoren las relaciones sustanciales entre las diferentes normas que surgen en virtud de las finalidades que persiguen y que, por lo mismo, razonablemente se integran o resultan ser complementarias para lograr el diseño de la cuestión de fondo del proyecto legal. Además, que dicha unidad sólo se rompe cuando existe absoluta falta de conexión o incongruencia causal, temática, sistemática y teleológica entre los distintos aspectos que regula la ley y la materia dominante de la misma.”<sup>25</sup>

En ese orden de ideas es claro para la Corte que tanto los numerales que el actor acusa como el artículo del que hacen parte, guardan una relación temática, sistemática y teleológica con el objeto de la Ley 790 de 2002 “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”.

Esta consideración basta para verificar que en el presente caso no se vulneró el principio de unidad de materia a que alude el artículo 158 superior. Así las cosas el cargo formulado por el actor en este sentido no está llamado a prosperar y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

Dado que ninguna de las acusaciones formuladas por el actor contra los literales enunciados del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 ha prosperado, tampoco puede hacerlo el cargo consecuencial formulado por el actor contra la totalidad del Decreto 1750 de 2003 basado en la supuesta inexequibilidad por las razones invocadas de dichos literales que sirvieron de fundamento a la expedición de ese Decreto y así se señalará igualmente en la parte resolutive de esta sentencia.

1. Análisis del cargo formulado contra la expresión “esencial” contenida en el artículo 3º del Decreto 1750 de 2003 por carecer el Gobierno de facultades para establecer ese carácter para el servicio que prestan las Empresas Sociales del Estado creadas por dicho Decreto.

El artículo 3º del Decreto 1750 de 2003 dispone que las Empresas Sociales del Estado creadas por ese Decreto, prestan un “servicio público esencial a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993”.

El actor solicita la declaración de inexequibilidad de la norma mencionada, en cuanto le asigna el carácter de “esencial” a ese servicio público, por cuanto estima que el Presidente de la República en ese punto carecía de facultades extraordinarias y, por lo tanto, tal calificación corresponde al legislador ordinario.

Tanto los intervinientes como el Procurador General de la Nación, afirman que la Ley 100 de 1993, en varias de sus normas calificó el servicio público de salud como “esencial”, razón por la cual lo que hizo el Presidente de la República en el artículo 3º del Decreto 1750 de 2003 tan solo constituye una reiteración de esa definición legal y, por consiguiente, no puede considerarse que se hubieren desbordado las facultades extraordinarias que al Presidente de

la República se le confirieron por la Ley 790 de 2002.

Se observa por la Corte que mediante el artículo 16 de la Ley 790 de 2002, el Congreso de la República confirió al Presidente de la República facultades extraordinarias, por el término de seis meses contados a partir de la fecha de la publicación de esa ley, para que actuara como legislador extraordinario en las materias precisamente indicadas, entre otros en los literales d), e), f) y g) de dicho artículo, es decir para “escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley”; “señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas”; “crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplían las entidades u organismos que se supriman escindan, fusionen o transformen cuando a ello haya lugar”; y “determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas”.

Ello significa, entonces, que si el artículo 56 de la Carta Política, de manera expresa señala que “los servicios públicos esenciales” serán “definidos por el legislador”, no puede legítimamente el Presidente de la República utilizar facultades extraordinarias que le fueron conferidas para renovar la estructura de la Administración Pública Nacional, para asumir una función que corresponde al Congreso por expreso mandato de la Constitución. Es claro que son dos cosas diferentes que la Ley 100 de 1993 se haya referido a la prestación del servicio de salud como esencial, y que el Decreto 1750 de 2003 extienda esa calificación a las Empresas Sociales del Estado que fueron creadas por este último, pues en este caso no se trata simplemente de una reiteración de definición legal anterior, sino de definir la naturaleza jurídica que corresponde al objeto de tales empresas que no tenían existencia cuando fue expedida la Ley 100 de 1993. En cambio, lo que aparece sin lugar a duda alguna es que el Presidente de la República carece de facultades para establecer que el servicio público que habrán de prestar las siete Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003 es un servicio “esencial”, pues para ese efecto no se encuentra habilitado por el artículo 16 de la Ley 790 de 2002, calificación esta que, como es sabido, le compete al legislador de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 56 de la Constitución Política.

5.4 Análisis del cargo formulado contra los numerales 6 del artículo 4°, 4 del artículo 9°, y 5 del artículo 12 del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento del artículo 13 superior

Para el actor los numerales 6 del artículo 4°, 4 del artículo 9°, y 5 del artículo 12 del Decreto 1750 de 2003, en cuanto establecen como función de las Empresas Sociales del Estado, de las juntas Directivas y de los gerentes Generales de las mismas, contratar las personas jurídicas constituidas por los exfuncionarios del ISS o de las que estos hagan parte que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración de la entidad desconocen el artículo 13 superior, por cuanto con ello se estaría excluyendo implícitamente la contratación con otras personas jurídicas y con personas naturales, que estén en iguales o mejores condiciones de prestar correctamente los servicios de salud necesarios.

Los intervinientes hacen énfasis en que el actor da a la disposición una interpretación que no corresponde a la realidad, pues lo que ella establece no es que se deberá contratar

exclusivamente con los ex empleados de la entidad sino que será posible que las Empresas Sociales del Estado contraten con ellos. Así mismo hacen énfasis en que de lo que se trata es de aprovechar la experiencia de dichos funcionarios y garantizar la calidad del servicio. En este sentido señalan que en manera alguna se vulnera en este caso el principio de igualdad.

El señor Procurador General de la Nación por el contrario solicita a la Corte la declaratoria de inexecutable de los numerales acusados, pues no encuentra que exista una justificación para el tratamiento que en materia de contratación se les da en dichos numerales a las personas jurídicas constituidas por sus ex funcionarios o en las que éstos hagan parte que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad.

Al respecto la Corte considera que las disposiciones acusadas contenidas en los artículos 4°- que establece las funciones que en desarrollo de su objeto cumplirán las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003<sup>26</sup>; 9° -que establece las funciones de la junta directiva de dichas empresas<sup>27</sup> y 12 -que establece las funciones del Gerente General de las mismas<sup>28</sup>, no pueden interpretarse en el sentido que les atribuyen el actor y el señor Procurador, a saber que se obliga a las Empresas Sociales del Estado a contratar exclusivamente con las personas jurídicas constituidas por sus ex funcionarios o en las que estos hagan parte, que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad.

La interpretación que debe darse a dichas normas es que ellas están señalando la posibilidad de que dicha contratación se efectúe, pero sin que ello signifique que exclusiva y automáticamente sean esas personas jurídicas las que podrán contratar con las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003. Téngase en cuenta que en dichos artículos se señala la necesidad de que la junta directiva de dichas empresas fije parámetros para el efecto y que los gerentes propongan dicha contratación, todo ello necesariamente dentro del marco de las normas de contratación de la administración pública y con la finalidad claramente señalada en las normas acusadas de permitir la correcta prestación del servicio de salud.

Se está pues en presencia de una simple autorización para contratar con dichas personas jurídicas, autorización expresa que no deroga las disposiciones contractuales relativas a la selección objetiva de los contratistas ni puede llegar a desconocer los principios que las rigen<sup>29</sup>.

En este sentido dado que lo que se está estableciendo es simplemente una autorización para que dicha contratación pueda efectuarse y que su finalidad es permitir que la experiencia de los servidores que resulten desvinculados como consecuencia de procesos de reestructuración del instituto de los Seguros Sociales pueda ser tomada en cuenta y valorada en los procesos de contratación en los que ellos participen frente a otros posibles oferentes en igualdad de condiciones dentro del marco de los principios que rigen la contratación estatal y en particular de los principios de transparencia y selección objetiva, la Corte condicionara la constitucionalidad de dichas disposiciones a ese entendimiento.

Así las cosas la Corte declarará la executable de los numerales 6 del artículos 4°, 4 del artículo 9°, y 5 del artículo 12 del Decreto 1750 de 2003 en el entendido que los contratos

que se celebren con estas personas jurídicas deben someterse a los principios de transparencia y selección objetiva, y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

5.5 Análisis del cargo formulado contra la expresión “y financiera” contenida en los artículos 4° numeral 7 y 6° del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desbordamiento de las facultades extraordinarias

Para el actor el Legislador extraordinario al incluir la expresión “y financiera” en el numeral 7 del artículo 4° y en el artículo 6° del Decreto 1750 de 200330 desbordó las facultades extraordinarias que le fueron conferidas y por tanto vulneró el artículo 150-10 superior por cuanto éstas le habrían sido otorgadas: “para desarrollar los objetivos que cumplían las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen”, y dado que “ el ISS no tiene, ni tenía, como uno de sus objetivos la rentabilidad “financiera”, no podía el Presidente de la República sin precisas facultades para el efecto establecer dicha finalidad para las Empresas Sociales del Estado.

Los intervinientes destacan que contrariamente a lo afirmado por el actor de la Ley 790 de 2002 y en particular del párrafo del artículo 16 fijó claramente dicha finalidad para el ejercicio de las facultades extraordinarias

#### 5.5.1 Análisis del cargo formulado

Al respecto la Corte recuerda que del literal f) del artículo 16 de la ley 790 de 2002 -al que laude el actor-, se desprende que le fueron otorgadas al Presidente de la República precisas facultades extraordinarias, para: “Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplían las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen cuando a ello haya lugar”.

En ejercicio de dicha facultad el Presidente de la República creó las Empresas Sociales del Estado a que alude el artículo 2° del Decreto 1750 de 2003 que tienen por objeto de acuerdo con el artículo 3° del mismo decreto la prestación de los servicios de salud, como servicio público esencial a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

Es decir que los objetivos que antes desarrollaban la Vicepresidencia de prestación de servicios de salud, todas las clínicas y todos los centros de atención ambulatoria que fueron escindidos del instituto de los seguros Sociales, ahora los desarrollan las Empresas Sociales del Estado.

Dicha transformación fue el resultado del ejercicio de las facultades extraordinarias solicitadas por el Gobierno por el término de seis meses, con el fin de racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública y con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación. Facultades solicitadas porque se consideró que se hacía indispensable dotar al Presidente de la República de los instrumentos jurídicos que le permitieran tomar las medidas necesarias para la modernización de la estructura de la Administración Pública<sup>31</sup>.

Cabe precisar que el legislador estableció que el objeto de la ley habilitante era el de “[r]enovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998” (art. 1 de la Ley 790 de 2002) .

En el mismo sentido, el parágrafo 1° del artículo 16 mediante el cual se confirieron las facultades solicitadas, estableció expresamente que las mismas fueron conferidas al Presidente de la República para renovar la estructura de la Administración Pública Nacional y que las mismas serían ejercidas con el “[p]ropósito de racionalizar la organización y funcionamiento de la administración Pública o con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación”.

Se tiene entonces que la finalidad de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República, como lo recordó la Corte en la sentencia C-121 de 2004 fue: “garantizar una mayor eficacia y eficiencia de la función administrativa de suerte que se pueda dar pleno cumplimiento a los fines esenciales del Estado (CP. Art. 2)”. Y que “esa finalidad se encuentra enmarcada en dos estrictos criterios restrictivos, establecidos en el parágrafo 1° del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, esto es: racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública o garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación.”<sup>32</sup>

De ello se desprende que el hecho de haber establecido en los apartes acusados de los artículos 4 y 6 del Decreto 1750 de 2003 la rentabilidad social y financiera como uno de los criterios que orientan el funcionamiento de las Empresas Sociales del Estado, lejos de desbordar el marco fijado por las facultades extraordinarias constituyen un claro desarrollo de las mismas, que por lo demás alude, como a continuación se examina, al principio de eficiencia establecido en los artículos 48 y 49 superiores para el servicio público de seguridad social en salud.

En ese orden de ideas es claro que el cargo formulado por el actor en este sentido no está llamado a prosperar y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

#### 5.5.2 La constitucionalidad condicionada de la expresión acusada

Cabe precisar que si bien el cargo formulado por el actor no está llamado a prosperar, corresponde a la Corte en ejercicio del control integral de constitucionalidad<sup>33</sup> examinar el alcance que la expresión acusada puede llegar a tener en la prestación del servicio público de salud por parte de las Empresas Sociales del Estado creadas por el decreto 1750 de 2003.

La Corte considera pertinente en efecto llamar la atención sobre el hecho de que la expresión rentabilidad financiera debe ser interpretada no de manera aislada, sino en armonía con los principios superiores previstos en los artículos 48 y 49 constitucionales en relación con el sistema de seguridad social en salud.

Dado en efecto que la rentabilidad financiera es una proyección apenas parcial de uno de los principios superiores que gobiernan la prestación del servicio de salud, a saber el principio de

eficiencia, su entendimiento cabal desde el punto de vista constitucional depende entonces de su compaginación con dicho principio en su alcance específico para el caso de la prestación del servicio de salud, como con los demás principios superiores que rigen la actividad, a saber los de universalidad y solidaridad.

Al respecto cabe recordar que la Corte tuvo oportunidad de precisar de la siguiente manera el alcance del principio de eficiencia referido a entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio de salud. Dijo la Corte :

“Cosa distinta ocurre con las Empresas Prestadoras del Servicio de Salud a que alude el artículo 14 de la Ley 617, cuya finalidad prioritaria no es la de reportar utilidades económicas sino beneficio social. Su función está directamente vinculada al cumplimiento de los fines esenciales y de las obligaciones sociales del Estado, en el marco general del Estado social de derecho (C.P., arts. 1, 2 y 49). Además de no estar comprendidas en las actividades señaladas en el artículo 336 de la Constitución, por la naturaleza de su actividad, los criterios para determinar su eficiencia no pueden ser exclusivamente de carácter económico ni de rentabilidad financiera.”<sup>34</sup> (Subraya fuera de texto)

Ahora bien, frente a los principios de universalidad<sup>35</sup> y de solidaridad<sup>36</sup> una interpretación acorde con la Constitución de la expresión acusada impone que la cobertura del servicio de salud frente a las limitaciones financieras del sistema se depure de cualquier tendencia discriminatoria<sup>37</sup> y se haga prevalecer un criterio de sostenibilidad entendido bajo parámetros de largo plazo.

Así las cosas, la rentabilidad financiera como objetivo de rango legal para la administración de las Empresas Sociales del Estado a que se alude no debe ser entendida como una suerte de parámetro de gestión preponderante de naturaleza netamente especulativa y que tiende a toda costa a la obtención de beneficios cuya constatación sólo sea posible reflejar en los estados contables, y en un año determinado, ni mucho menos como argumento oponible a los usuarios del sistema de seguridad social en salud para justificar el sacrificio de los demás principios superiores que gobiernan el ejercicio de esta actividad<sup>38</sup>.

Téngase en cuenta que el principio de solidaridad en materia de salud impone que “no siempre la capacidad de pago es condición para acceder al derecho a la salud porque hay circunstancias en las cuales la salud debe protegerse aunque no haya capacidad de pago, como lo ha hecho la Corte en muchos casos en que a través de la acción de tutela se concede el amparo del derecho fundamental a la salud a quienes no tienen capacidad de pago y que requieren la atención en salud”<sup>39</sup>.

La ponderación de los citados postulados superiores que ha sido objeto de permanente aplicación en la jurisprudencia de tutela proferida por esta Corporación<sup>40</sup> evidencia la necesidad como se ha dicho de precisar el alcance que puede dársele a la expresión acusada par que ella no contraríe los principios constitucionales<sup>41</sup>, por lo que la exequibilidad de los apartes examinados de los numerales 6 y 7 del artículo 4 del Decreto 1750 de 2003, se condicionará en el entendido que los argumentos financieros no justifican negarse a prestar eficiente y oportunamente el servicio de salud debido a los afiliados y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela.

## 5.6 Análisis del cargo formulado contra el párrafo 3 del artículo 8° del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento del artículo 128 superior

Para el actor el párrafo 3 del artículo 8, contenido en el Decreto 1750 de 2003<sup>42</sup> vulnera el artículo 128 constitucional, toda vez que autorizó pagarle honorarios a los servidores públicos miembros de las juntas directivas de las Empresas sociales del estado creadas por dicho Decreto, a pesar de la prohibición que establece la citada norma superior. Así mismo que aunque el canon constitucional permite al legislador establecer excepciones en esta materia, dentro de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República no figuraba la de fijar para este caso alguna excepción.

Los intervinientes y el señor Procurador General de la Nación precisan que la posibilidad de recibir honorarios por parte de los miembros de juntas directivas ya había sido previsto por el Legislador en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y que lo que hizo el Legislador extraordinario fue simplemente reiterar dicha posibilidad.

Al respecto la Corte recuerda que de acuerdo con el artículo 128 constitucional nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Dicho texto precisa que debe entenderse por Tesoro Público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

La Corte recuerda así mismo que de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”<sup>43</sup>, dentro de las excepciones a la prohibición de recibir mas de una asignación del tesoro público establecidas por el Legislador figura la de “Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas”.

Dado que el cargo formulado por el actor carece en consecuencia de fundamento, no está llamado a prosperar y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

## 5.7 Análisis del cargo contra el numeral 9 del artículo 9° del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento del artículo 13 superior

Para el actor el numeral 9 del artículo 9° del Decreto 1750 de 2003<sup>44</sup> en cuanto señala como función de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado la de designar el Revisor Fiscal y fijar sus honorarios excluiría la posibilidad de que dicho Revisor pueda tener el carácter de empleado público o de trabajador oficial, condición que sí podría ostentar quien desarrolla tales funciones en otras entidades u organismos del Estado, con lo que se desconocería el principio de igualdad.

Los intervinientes y el Procurador General de la Nación advierten que el ejercicio de la

función pública no es exclusivo de los servidores públicos por lo que "...la vinculación al Estado para el ejercicio de la función pública, bien puede ser laboral o contractual". En ese orden de ideas señalan que es competencia del legislador establecer en qué casos se requiere la contratación de servicios y el pago de honorarios sin que con ello se desconozca el principio de igualdad ni el derecho al trabajo al cual también tiene derecho los trabajadores independientes.

Al respecto la Corte recuerda que de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1750 de 2003 las Empresas Sociales del Estado creadas por ese decreto tienen por objeto la prestación de los servicios de salud, como servicio público esencial a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

Dicho artículo señala que la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en el capítulo III del título II sobre la organización del sistema general de seguridad social en salud, de la Ley 100 de 1993 (artículos 195 a 197).

Sobre la especificidad a que alude dicho texto cabe recordar que esta Corporación ha precisado que las Empresas Sociales del Estado son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas.

Al respecto la Corporación adujo en la Sentencia C-665 de 2000 lo siguiente:

"La Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de Seguridad Social y se dictaron otras disposiciones, definió en su artículo 94 la naturaleza de las empresas sociales del Estado en la siguiente forma:

(...)

La propia Ley 100 de 1993 establece que el objeto de las empresas sociales del Estado es la prestación de servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social.

Estas empresas constituyen, de conformidad con el ordenamiento en vigor, una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7, según el cual corresponde al Congreso determinar la estructura de la Administración Nacional, crear, suprimir y fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos "y otras entidades del orden nacional".

(...)

Es claro que las empresas sociales del Estado son entes que no pueden confundirse con los

establecimientos públicos y que constituyen una nueva categoría de entidad descentralizada concebida con un objeto específico que la propia legislación ha señalado y que justifica, por razón de los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el legislador, unas ciertas reglas y una normatividad también especial....

(...)

La Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las empresas sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos. La Ley señala que las aludidas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa.

(...)

Definida la naturaleza de las empresas sociales del Estado, como una nueva categoría de entidades públicas descentralizadas y diferentes de los establecimientos públicos, cuyo objetivo es la prestación de servicios públicos de salud, entra la Sala al análisis de los cargos restantes hechos por el actor en su demanda”45.

Cabe recordar a su vez que el artículo 83 489 de 1998 señala que las Empresas Sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en dicha ley 489 en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

Respecto dicho régimen jurídico debe igualmente destacarse que el artículo 195 de la Ley 100 de 1993<sup>46</sup> señala que i) las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, y ii) que en materia contractual se regirá por el derecho privado pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsión que debe concordarse con el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993<sup>47</sup>.

Ahora bien, en lo que respecta al régimen laboral de los servidores públicos vinculados a las empresas sociales del Estado, el artículo en mención advierte que aquél será el previsto en la Ley 10 de 1990. El artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala, al efecto, que la planta de personal de las empresas sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su párrafo que “son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”.<sup>48</sup>

Hechas las anteriores precisiones procede la Corte a examinar el cargo formulado relativo a la supuesta vulneración del principio de igualdad por el hecho de que la norma acusada aluda al establecimiento de honorarios para dicho revisor por parte de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003.

Para el actor en efecto el hecho de que se señale que la Junta Directiva designará el Revisor Fiscal y fijará sus honorarios está implícitamente excluyendo la posibilidad de que dicho Revisor sea un servidor público, bien, empleado público o trabajador oficial y en consecuencia sea necesariamente un particular vinculado mediante contrato, situación que el actor considera no acontece en otras entidades públicas, generándose así una diferencia de trato contraria a la Constitución.

Al respecto la Corte recuerda que i) nada obsta para que en el caso de las Empresas Sociales del Estado dentro del marco de las normas contractuales se puedan llegar a contratar los servicios de un revisor fiscal que no haga parte de la planta de personal de la entidad, y que ii) dada la naturaleza de la función que cumple el revisor fiscal y la independencia que debe garantizársele para el efecto, precisamente resulta razonable que éste no haga parte de dicha planta.

A partir de estos presupuestos la Corte llama la atención sobre el hecho que el término de comparación que el actor plantea para sustentar su acusación por la supuesta vulneración del principio de igualdad es bastante impreciso, así como sobre el hecho que éste no toma en cuenta la especificidad del cargo de revisor fiscal a que alude la norma acusada y que desde esta perspectiva mal puede considerarse que la norma establezca una discriminación contraria al artículo 13 superior.

Así las cosas, frente al cargo planteado por la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 9 del artículo 9° del Decreto 1750 de 2003 y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

5.8 Análisis del cargo formulado contra la expresión “y reglamentos” contenida en el numeral 14 del artículo 9° del Decreto 1750 de 2003, relativo al supuesto desbordamiento de las facultades extraordinarias

El actor señala que la expresión “y reglamentos” contenida en el numeral 14 del artículo 9 del Decreto 1750 de 2003 es inconstitucional por cuanto “ninguna autoridad de las que expiden reglamentos, diferente al legislador, puede adicionar ni corregir la voluntad legal para variarle las funciones a estos entes -alude a las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado-, asignándole otras que no consten en la ley o los estatutos expedidos en desarrollo de su autonomía administrativa”. Precisa que “otorgar la facultad que contempla el artículo 9 numeral 14, indeterminada en el tiempo, a otras autoridades reglamentarias, que la norma no señala, para que le asignen nuevas funciones a las juntas directivas de estos entes recién creados, es desbordar el marco preciso de las facultades que temporalmente recibió el Gobierno”.

Los intervinientes solicitan a la Corte que se inhíba para emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustancial de la demanda, o en su defecto declare la exequibilidad de la expresión acusada. Varios de ellos afirman concretamente que la competencia para dictar esta disposición se desprende claramente del literal e) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002.

Al respecto la Corte señala que el actor da a la expresión acusada un alcance que no tiene dado que cuando en el numeral 14 del artículo 9° del decreto 1750 de 2003 el Legislador extraordinario estableció que dentro de las funciones de la Junta Directiva de las Empresas

Sociales del Estado se encuentran “Las demás que le señalen la ley, los estatutos y reglamentos, de acuerdo con su naturaleza”<sup>49</sup>, lógicamente se refirió al reglamento interno de funcionamiento que puedan llegar a dictarse para el cabal cumplimiento de las funciones de dicha Junta y que estará supeditado necesariamente a lo que señalen la ley y los estatutos, sin que por tanto pueda entenderse de ninguna manera desbordadas la facultades extraordinarias conferida al Presidente de la República por el artículo 16 de la Ley 790 de 2002.

Debe tomarse en cuenta que la disposición se esta refiriendo a las Empresas Sociales del Estado, entidades descentralizadas cuyo marco normativo es fijado por la ley (art. 210 C.P.) y que ésta en virtud de la descentralización por servicios reconoce una competencia normativa a los órganos internos de dichas entidades y en particular a las Juntas Directivas a las que les asigna competencias para la expedición conforme a la ley del reglamento interno.

Dado entonces que el único entendimiento posible de la expresión acusada acorde con la Constitución es el de que ésta se refiere a dicho reglamento interno, el cual debe conformarse a la ley y a los estatutos, la Corte condicionará la exequibilidad de dicha expresión a ese entendimiento y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

5.9 Análisis del cargo formulado contra las expresiones “periodo de tres años prorrogables” contenidas en el artículo 11 del Decreto 1750 de 2003 por la supuesta vulneración del artículo 125 superior

El actor considera que la expresión “periodo de tres años prorrogables” contenida en el artículo 11 del Decreto 1750 de 2003 vulnera el artículo 125 superior tal como fue adicionado por el Acto Legislativo No. 01 de 2003, en la medida que el Presidente de la República no estableció un periodo institucional para los gerentes de las Empresas sociales del Estado, creadas por el Decreto 1750 de 2003, como si lo hizo en el caso de los miembros de las Juntas Directivas de dichas empresas.

Los intervinientes y el señor Procurador coinciden en afirmar que en este caso el actor da al artículo 125 superior un alcance que no corresponde a la realidad, pues éste alude exclusivamente a los cargos de elección y por tanto no resulta aplicable a la norma acusada por el actor.

Al respecto la Corte recuerda que el Acto Legislativo No. 01 de 2003 adicionó al artículo 125 superior un párrafo del siguiente tenor:

“Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta del su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

Como se desprende de los antecedentes del Acto Legislativo aludido<sup>50</sup> dicho texto superior pretendió resolver constitucionalmente las dificultades de interpretación que se pudieron presentar en relación con el reemplazo de los dignatarios que habiendo sido elegidos para un periodo determinado en la Constitución o en la ley no culminaron por cualquier razón el periodo correspondiente. En este sentido el Congreso actuando como Constituyente derivado

fijó claramente la regla a aplicar en esas circunstancias.

Cabe precisar que la norma alude específicamente a los cargos de elección<sup>51</sup>, y no a aquellos que se proveen mediante la designación<sup>52</sup> de sus titulares.

Resulta claro en efecto que el carácter institucional a que alude la norma se predica es de los “períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección”.

No sobra precisar que si bien la norma utiliza la expresión designados cuando señala que “Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta del su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”, claramente esta expresión alude a aquellos casos en que excepcionalmente la Constitución o la Ley atribuyen a alguna autoridad la posibilidad de designar el reemplazo de quien habiendo sido elegido para un periodo determinado no lo culmina, pero sin que ello signifique que la naturaleza institucional de los periodos pueda predicarse también de aquellos cargos que se proveen mediante designación, pues se reitera - la regla sobre la naturaleza institucional del periodo se predica en la norma constitucional es de los cargos de elección.

Ahora bien, frente a la acusación planteada por el actor en contra de las expresiones “para un periodo de tres (3) años prorrogables” contenidas en el artículo 11 del Decreto 1750 de 2003<sup>53</sup>, por no haberse establecido un periodo institucional para los gerentes de las Empresas sociales del Estado, -contrariamente a lo que señaló el artículo 8 del mismo decreto para los miembros de la junta directiva de de dichas empresas<sup>54</sup>-, con lo que se habría desconocido el mandato del artículo 125 superior, la Corte constata que i) el actor pretende que se aplique al cargo de Gerente de Empresa Social del Estado -que se provee mediante designación del Gobierno nacional- la regla que como se ha dicho ha sido establecida por la Constitución exclusivamente para los cargos de elección, ii) el actor no toma en cuenta que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2003 -3 de julio de 2003- el Decreto 1750 de 2003 ya había sido expedido -junio 26 de 2003-.

Dado en consecuencia que el mandato superior que se invoca no resulta aplicable para el caso del cargo de Gerente de Empresa Social del Estado creado por el decreto 1750 de 2003, mal puede estarse contradiciendo su contenido.

Así pues dado que no asiste razón al actor en cuanto a la vulneración que se presentaría en este caso del párrafo del artículo 125 constitucional, el cargo formulado en este sentido no está llamado a prosperar y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

5.10 Análisis del cargo contra la expresión “automáticamente” contenida en el artículo 17, así como en el párrafo del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 por la supuesta vulneración del artículo 122 superior.

#### 5.10.1 Aclaración previa. Ausencia de cosa juzgada constitucional

Cabe precisar así mismo que la Corte en la Sentencia C-349 de 2004 decidió: “Declarar EXEQUIBLES las expresiones “automáticamente” y “sin solución de continuidad” contenidas en el artículo 17 y la expresión “automáticamente” contenida en el párrafo transitorio del artículo 18, en el entendido que se respetarán los derechos adquiridos conforme se expuso

en la Sentencia C-314 de 2004. Lo anterior únicamente respecto de los cargos examinados en la presente Sentencia”. Cargos que eran diferentes del que ahora formula el actor en el presente proceso<sup>55</sup>.

Así las cosas, en relación con la expresión “automáticamente”, contenida en el artículo 17 y en el párrafo transitorio del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 respecto de la acusación formulada por el actor en el presente proceso que alude al supuesto desconocimiento del artículo 122 superior, no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, por lo que la Corte procede a examinarla.

5.10.2 La exequibilidad, de la expresión “automáticamente” contenida en el artículo 17 y en el párrafo del artículo 18 del decreto 1750 de 2003 por el cargo formulado relativo a la supuesta vulneración del artículo 122 superior.

Para el actor dado que el artículo 122 de la Constitución señala que “no puede haber empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento” y que para proveer los de carácter remunerado se requiere que “estén contemplados en la respectiva planta”, al establecerse que a la entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003 automáticamente los servidores que se encontraban vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales quedarían incorporados en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas por el mismo decreto, se desconoció dicho texto superior<sup>56</sup>, por cuanto al expedirse el Decreto 1750 de 2003 no se habían establecido las plantas de personal de las referidas empresas y por tanto no había planta de personal a las que los servidores quedarán automáticamente incorporados.

Los intervinientes y el señor Procurador coinciden en que en manera alguna se vulnera el artículo 122 superior dada la expedición simultánea de las referidas plantas, al tiempo que hacen énfasis en que la norma acusada tiene la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores.

Al respecto la Corte constata en primer término que el actor no toma en cuenta que para la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003 -que es a la que alude el artículo 17 de dicho decreto-, es decir al día siguiente de su publicación, efectuada el 26 de junio en el Diario oficial 45230 de la misma fecha-, ya se habían expedido los decretos 1755, 1757, 1759, 1762, 1764 y 1768 de 2003 mediante los cuales se estableció la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003. Es decir que el supuesto fáctico del que parte para formular su cargo -a saber que no existían plantas de personal a las cuales incorporar automáticamente los servidores no corresponde a la realidad, pues para la fecha de dicha entrada en vigencia simultáneamente entraron en vigencia los decretos que establecieron las plantas de personal que echa de menos y que sustentan su acusación.

La Corte hace énfasis en que aún en el caso de que ello no hubiera sido así -es decir que dichas plantas no hubieran sido establecidas para el momento de la entrada en vigencia del referido decreto, la expresión acusada no sería inconstitucional por este aspecto pues lo que dicha expresión está significando es que quienes en dicha fecha se encontraban vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los Centros de

Atención Ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales quedaron incorporados automáticamente a la planta de personal y no que en ese momento se hizo la provisión del cargo.

Ha de tenerse en cuenta al respecto que el primer inciso del artículo 122 superior alude en efecto a dos momentos diferentes i) la incorporación en la planta y ii) la provisión del cargo. Esta última solamente podrá hacerse si previamente está “contemplado” el cargo en la respectiva planta.

La norma en la que se contiene la expresión acusada alude exclusivamente al primer momento, es decir a la incorporación en la planta que será automática para los servidores que a la entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003 se encontraban vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales.

La provisión del cargo será en cada caso un problema de aplicación concreta de la norma que escapa al control de constitucionalidad.

Cabe señalar así mismo, como lo ponen de presente varios de los intervinientes en el proceso, que la incorporación automática en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003 encuentra una clara justificación constitucional en la voluntad de asegurar la continuidad de la prestación del servicio público de salud (art. 49 y 365 C.P.), así como, de garantizar la estabilidad en el empleo (art. 53 C.P.) de los servidores que se encontraban vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales.

Así las cosas el cargo planteado contra la expresión “automáticamente” contenida en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003 y en el parágrafo transitorio del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 por la supuesta vulneración del artículo 122 superior, no está llamado a prosperar y así lo señalará la Corte en la parte resolutive de esta sentencia.

5.11 Análisis del cargo formulado contra la expresión “o en su defecto contratará el servicio” contenida en el parágrafo 1 del artículo 20 del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento de la protección especial al trabajo (artículos 25, 53 y 54 superiores)

Para el actor la expresión “o en su defecto contratará el servicio” contenida en el parágrafo 1° del artículo 20 . del Decreto 1750 de 2003 desconoce la protección especial del trabajo (arts. 25, 53 y 54 C.P.) en tanto faculta para contratar externamente el inventario de los bienes, que “es una labor propia de toda entidad pública” y que por lo tanto debe adelantarse con su personal de planta, o sea con servidores que tengan el carácter de empleados públicos o de trabajadores oficiales. Afirma concretamente que “...esa autorización constituye una violación a la Carta, porque el legislador no puede facultar anticipadamente que esa función la desempeñen personas sin vínculo laboral, porque ello atenta contra la protección especial al trabajo ...”.

Los intervinientes afirman que las expresiones acusadas no están prohibiendo a las Empresas Sociales del Estado que encarguen a servidores públicos la elaboración de los inventarios de

sus bienes, sino simplemente establecen la posibilidad de contratar ese servicio en función de las necesidades de dichas empresas. Explican que en atención al principio de eficiencia bien pueden las entidades administrativas adoptar la decisión que asegure la mejor prestación del servicio.

Sobre el particular la Corte hace las siguientes consideraciones. El actor considera que en cuanto el párrafo 1° del artículo 20 del Decreto 1750 de 2003, -artículo que alude a la conformación del patrimonio de las Empresas Sociales del Estado creadas por dicho decreto-57, establece que dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de constitución e instalación de los órganos de dirección de las Empresas Sociales del Estado aludidas, el Gerente General designará los servidores públicos para la realización del inventario pormenorizado de los bienes, o en su defecto contratará el servicio, está desconociendo la protección especial del trabajo por cuanto está autorizando que se excluya a los servidores públicos de dichas Empresas Sociales del Estado de la realización de una tarea que en su concepto solamente puede realizarse por ellos y en este sentido estaría privándolos de su trabajo vulnerando así los artículos 25, 53 y 54 superiores.

Para la Corte el actor está dando a la norma un alcance que no tiene. En primer lugar la norma no está señalando que necesariamente deberá contratarse el inventario de los bienes. Simplemente está señalado la posibilidad de que ello sea así, en defecto de la posibilidad de que los servidores públicos de la entidad lo hagan. Ha de tenerse en cuenta en efecto que la expresión “o en su defecto” establece claramente una subsidiaridad.

En segundo lugar el actor no toma en cuenta que dicha norma está aludiendo a una fase de transición en la que en atención a los principios que orientan la función administrativa y en particular el principio de eficiencia -que la Constitución a su vez señala claramente para el servicio de seguridad social en salud (arts. 48 y 49 C.P.)-, resulta de la mayor importancia adelantar dentro del menor tiempo posible y con la mayor eficacia y eficiencia dicho inventario para asegurar la prestación del servicio. Tampoco toma en cuenta que dado que el inventario de bienes reviste unas especificidades técnicas particulares bien puede suceder que dentro de los servidores públicos no se encuentren personas calificadas para el efecto y se haga necesario recurrir a quienes ofrecen dicho servicio mediante contrato, sin que ello signifique que se desplace a los servidores públicos, ni menos aún que ello implique la pérdida del trabajo para algunos de ellos.

En tercer lugar el actor atribuye a la tarea de inventario de los bienes de las empresas sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003 para la prestación del servicio de salud un carácter público que haría que solamente servidores públicos pudieran cumplirlo, afirmación que no encuentra ningún sustento en las normas constitucionales pues basta con recordar que de acuerdo con el artículo 48 la seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley y que de acuerdo al artículo 49 corresponde al estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas.

En ese orden de ideas es claro para la Corte que no puede considerarse que la posibilidad de contratar el servicio al que alude el párrafo acusado implique el desconocimiento del derecho al trabajo de los servidores públicos, derecho al trabajo que por lo demás, como lo

recuerdan los intervinientes se predica de todas las personas en el artículo 25 superior<sup>58</sup> y no solamente de los servidores públicos.

Así las cosas el cargo planteado contra las expresiones acusadas por el supuesto desconocimiento de la protección especial del trabajo no está llamado a prosperar y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### R E S U E L V E:

Primero.- ESTARSE A LO RESUELTO en las Sentencias C-121 y C-349 de 2004 en relación con la acusación formulada en el presente proceso contra los literales d, f y g el artículo 16 de la Ley 790 de 2003 por la supuesta imprecisión de las facultades conferidas.

Segundo.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-349 de 2004 en relación con la acusación formulada en el presente proceso contra la totalidad del Decreto 1750 de 2003, así como contra el artículo 1° y los apartes acusados de los artículos 15 y 19 del mismo Decreto por el supuesto desconocimiento de la prohibición de suprimir contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2003, así como por el supuesto desbordamiento de las facultades extraordinarias por carecer el Presidente de la República de la facultad de escindir.

Tercero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-349 de 2004 en relación con la acusación formulada en el presente proceso contra la totalidad del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desconocimiento del artículo 83 superior por haberse desconocido el Acuerdo Integral suscrito con las organizaciones sindicales de la entidad que establecía “la unidad de empresa del ISS”.

Cuarto.- ESTARSE A LO RESUELTO en las Sentencias C-306 y C-409 de 2004 en relación con la acusación formulada en el presente proceso contra los artículos 1, 16, 19 20 numerales 1 y 2 y contra el artículo 26 del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desbordamiento de las facultades extraordinarias por carecer el Presidente de la República de la facultad de variar el régimen laboral de los trabajadores así como de transferir los bienes y recursos del Instituto del Seguro Social.

Quinto.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-314 de 2004 en relación con los cargos contra el aparte acusado en el presente proceso del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, donde se declaró inexecutable la expresión “Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas.”

Sexto.- INHIBIRSE para emitir pronunciamiento de fondo en relación con la acusación formulada contra la expresión “conforme a las normas legales” contenida en el numeral 10 del artículo 4° del Decreto 1750 de 2003, así como contra el artículo 24 del mismo Decreto por ineptitud sustantiva de la demanda.

Séptimo.- Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados en esta sentencia -referentes al supuesto desconocimiento de los requisitos señalados en el artículo 150-10 superior- los literales d, e, f y g del artículo 16 de la Ley 790 de 2003.

Octavo.- Declarar EXEQUIBLE por el cargo analizado en esta sentencia, -que resulta consecencial al cargo anterior-, el Decreto 1750 de 2003.

Noveno.- Declarar INEXEQUIBLE la expresión “esencial” contenida en el artículo 3° del Decreto 1750 de 2003.

Décimo.- Declarar EXEQUIBLES, por el cargo analizado -referente al supuesto desconocimiento del artículo 13 superior-, los numerales 6 del artículo 4°, 4 del artículo 9° y 5 del artículo 12 del Decreto 1750 de 2003, en el entendido que los contratos que se celebren con estas personas jurídicas deben someterse a los principios de transparencia y selección objetiva.

Onceavo.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “y financiera” contenida en el numeral 7 del artículo 4° y en el artículo 6° del Decreto 1750 de 2003, en el entendido que los argumentos financieros no justifican negarse a prestar eficiente y oportunamente el servicio de salud debido a los afiliados y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela.

Duodécimo.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado -referente al supuesto desconocimiento del artículo 128 superior-, el párrafo 3 del artículo 8° del Decreto 1750 de 2003.

Décimo tercero.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado -relativo al supuesto desconocimiento del principio de igualdad-, el numeral 9 del artículo 9° del Decreto 1750 de 2003.

Décimo quinto.- Declarar EXEQUIBLES, por el cargo analizado -relativo a la supuesta vulneración del artículo 125 superior-, las expresiones “periodo de tres años prorrogables” contenidas en el artículo 11 del Decreto 1750 de 2003.

Décimo sexto.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado -relativo a la supuesta vulneración del artículo 122 superior-, la expresión “automáticamente” contenida en el artículo 17, así como en el párrafo del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003.

Décimo séptimo.- Declarar EXEQUIBLES, por el cargo analizado -relativo al supuesto desconocimiento de la protección especial al trabajo (artículos 25, 53 y 54 superiores)-, las expresiones “o en su defecto contratará el servicio” contenidas en el párrafo 1° del artículo 20 del Decreto 1750 de 2003

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-559/04

FACULTADES EXTRAORDINARIAS RESPECTO DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-No extralimitación al indicar carácter esencial del servicio de salud/SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Categoría de esencial ha sido reconocido por la legislación anterior (Salvamento de voto)

Mi criterio es que el legislador extraordinario no se extralimitó en el ejercicio de las facultades conferidas por el Congreso al indicar que el servicio de salud que se presta a través de las empresas sociales del Estado es un servicio público esencial. Y ello se debe, fundamentalmente, a que la categoría de servicio público esencial del servicio de salud ha sido estatuida y reconocida por la legislación anterior, de la cual el presente decreto es apenas uno de sus posibles desarrollos. En este sentido, no ha sido el legislador extraordinario sino el propio legislador ordinario, el Congreso de la República, el que reconoció, previamente, que este era el carácter del servicio público de salud.

Referencia: expediente D-4850

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16 (parcial) de la Ley 790 de 2002 y contra el Decreto 1750 de 2003

Actor: Ramiro Borja Ávila

Magistrados Ponentes:

Dr. ÁLVARO TAFUR GÁLVIS y

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Con el usual respeto por las decisiones de la Corte, me permito presentar salvamento de voto a la sentencia adoptada en el proceso de la referencia durante la sesión del 1º de junio del año en curso. Mi salvamento es parcial en tanto se refiere únicamente al punto décimo de la parte resolutive de la providencia, que declaró la inexecutable de la expresión “esencial”, contenida en el artículo 3º del Decreto 1750 de 2003. En este sentido, comparto el resto de la decisión adoptada en esa fecha.

Así pues, en la decisión mayoritaria de la cual me aparto, la Sala decidió declarar inexecutable la expresión “esencial” del artículo citado, que literalmente disponía.

Artículo 3º. Objeto. Las Empresas Sociales del Estado creadas en el artículo anterior tienen por objeto la prestación de los servicios de salud, como servicio público esencial a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993. (Subrayas fuera del original)

Según la mayoría, la inexecutable de la mencionada expresión se deriva del hecho de que el legislador extraordinario no estaba habilitado por la ley de facultades para calificar, como lo hizo en el artículo acusado, el servicio público de salud como servicio público esencial. Ciertamente, la providencia señaló que, al definir las empresas sociales del Estado, la Ley 100 de 1993 no incluyó expresamente el hecho de que las mismas desarrollan un servicio público “esencial”, por lo que la presencia de dicha categorización en el presente Decreto implica un ejercicio desbordado de las facultades extraordinarias.

Contrario a lo establecido en la providencia de la cual me aparto y tal como lo consignaba el proyecto que fue presentado a consideración de la Sala, mi criterio es que el legislador extraordinario no se extralimitó en el ejercicio de las facultades conferidas por el Congreso al indicar que el servicio de salud que se presta a través de las empresas sociales del Estado es un servicio público esencial. Y ello se debe, fundamentalmente, a que la categoría de servicio público esencial del servicio de salud ha sido estatuida y reconocida por la legislación anterior, de la cual el presente decreto es apenas uno de sus posibles desarrollos. En este sentido, no ha sido el legislador extraordinario sino el propio legislador ordinario, el Congreso de la República, el que reconoció, previamente, que este era el carácter del servicio público de salud.

Ciertamente, es un hecho innegable que la Ley 790 de 2002, fundamento jurídico del Decreto 1750 de 2003, no autorizó expresamente al Presidente de la República para que calificara como esencial o no esencial el servicio de salud a la hora de adelantar la reestructuración de las entidades públicas encargadas de la prestación de este servicio. No obstante, al hacerlo,

el Presidente no extralimitó las competencias conferidas por la Ley habilitante pues ya la Ley 100 de 1993 había señalado con suficiente claridad que dicho servicio era un servicio público esencial.

Para confirmarlo basta transcribir el artículo pertinente de la Ley que organiza y estructura el Sistema General de Seguridad Social en Colombia. Dice el artículo 4º de la Ley 100 de 1993:

ARTICULO 4o. Del Servicio Público de Seguridad Social. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley.

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones. (Subrayas fuera del original)

La redacción del artículo citado no da lugar a equívocos al señalar que, en materia de salud, la seguridad social es un servicio público esencial, a diferencia del servicio público en materia de pensiones, que únicamente lo es en aquellas actividades vinculadas con el reconocimiento y pago de pensiones. Así pues, no fue el legislador extraordinario del Decreto 1750 de 2003, sino el legislador ordinario de la Ley 100, el que estableció la calidad de esencial para dicho servicio público, por lo que la simple referencia del Decreto 1750 de 2003 no amplía el espectro o la cobertura conferida por la Ley 100. A lo sumo, lo que debe reconocerse es que el artículo 3º demandado reconoció una realidad jurídica prevalente y preexistente, cual era la consignada en la Ley 100.

Pero no sólo el artículo 4º de la Ley 100 reconoce en el servicio público de salud un servicio esencial. Basta leer el artículo 152 de la misma normatividad para reafirmar que fue el legislador ordinario el que determinó el carácter esencial del servicio público de salud, al precisar que la regulación del mismo es uno de los objetivos fundamentales del Sistema General de Seguridad Social en Colombia:

ARTICULO 152. Objeto. La presente Ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Las competencias para prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención en salud en los aspectos no cobijados en la presente Ley se regirán por las disposiciones legales vigentes, en especial por la Ley 10 de 1990 y la Ley 60 de 1993. Las actividades y competencias de salud pública se regirán por las disposiciones vigentes en la materia, especialmente la Ley 9a. de 1979 y la Ley 60 de 1993, excepto la regulación de

medicamentos que se registrá por lo dispuesto en la presente Ley. (Subrayas fuera del original)

De igual manera, aunque con menos énfasis, por estar referido al servicio público de seguridad social en general que, de todas maneras, incluye al servicio de salud, el artículo 2º advierte que éste es un servicio público esencial y que se prestará con sujeción a ciertos principios generales:

ARTICULO 2o. Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación

a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

(...)

Y por último, el artículo 157 de la misma regulación señala que a partir de la expedición de la Ley 100, todos los colombianos participarán en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Así pues, no ha sido una sino cuatro las normas de la Ley 100 de 1993 que calificaron el servicio público de salud como un servicio público esencial, razón suficiente para considerar que, al reconocer su realidad jurídica, el Decreto 1750 de 2003 se atuvo al contexto normativo imperante, sin ir más allá de las facultades expresamente conferidas por la Ley 790 de 2002.

Ahora bien, cuando el Decreto 1750 de 2003 señala en su artículo 3º que las entidades creadas por el mismo tendrán la estructura de Empresas Sociales del Estado y que su objeto institucional será la prestación del servicio de salud, como servicio público esencial a cargo del Estado en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993; y cuando el artículo 194 de esta Ley advierte que “la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará a través de las Empresas Sociales del Estado”, la conclusión que resulta obligatoria es que la referencia que se hace al servicio público prestado por las Empresas Sociales del Estado es a ese servicio de salud que previamente ha sido calificado como esencial por los artículos 2º, 4º, 152 y 157 de la Ley 100 de 1993, no a otro servicio público de salud que pudiera considerarse no esencial.

De allí que no tenga sentido el argumento de la sentencia según el cual, como la Ley 100 no establece que las Empresas Sociales del Estado prestan un servicio público esencial, porque no lo dice expresamente el artículo 194, el ofrecido por las mismas no es esencial y el Decreto 1750 de 2003 fue más allá de lo permitido por el legislador ordinario. Si éste no es un servicio público esencial, entonces ¿cuál es, a qué tipo de servicio público de salud no esencial, hace referencia el artículo 194? Si ello es así, entonces ¿qué categoría de servicio público de salud, no regulada por la Ley 100, no definida por la misma, prestan las Empresas

Sociales del Estado?

A mi juicio, existe una conexión evidente y más que demostrada en las normas transcritas de la Ley 100 de 1993, entre las entidades creadas por el Decreto 1750 de 2003 -las Empresas Sociales del Estado- y su objeto institucional, definido previamente por la Ley 100 de 1993, cual es el de la prestación del servicio de salud como servicio público esencial, por lo que desconocer esta conexidad, esta evidente relación, es insertar una distinción meramente textualista que desnaturaliza la teleología de la Ley 100 y del propio Decreto 1750 de 2003.

En suma, El Decreto 1750 se limitó a reconocer que las Empresas Sociales del Estado, según las previsiones de la Ley 100, prestan el servicio público de salud y que éste es esencial, así no lo diga expresamente el artículo 194 de la última, pero porque lo dice toda la Ley 100, en cuatro artículos del Estatuto, artículos por demás fundamentales, básicos y estructurales del Sistema General del Seguridad Social en Colombia. De allí mi disenso con la posición mayoritaria.

En los anteriores términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-559/04

FACULTADES EXTRAORDINARIAS RESPECTO DE ESCISION DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y CREACION DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-No otorgamiento para la expedición de régimen laboral ni para el cambio del tipo de vinculación (Aclaración de voto)

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16 (parcial) de la Ley 790 de 2002 “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República” y contra el Decreto 1750 de 2003, “por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado”.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Aun cuando compartí la decisión adoptada en la sentencia C-559 de 2004, debo aclarar mi voto, respecto de lo resuelto en el numeral cuarto de la misma que dispone estarse a lo resuelto, entre otras sentencias, a la C-306/04, en la que, a pesar de respetar la postura mayoritaria de la Corte, salvé el voto. En aquella ocasión expresé mi disentimiento respecto de la decisión mayoritaria por considerar, que dentro del marco de las facultades conferidas al Presidente de la República en el artículo 16 de la Ley 790 de 2002, no se encuentran las referidas a la expedición del régimen laboral para los servidores públicos de estas nuevas Empresas Sociales del Estado y mucho menos para cambiarles el tipo de vinculación de trabajadores oficiales del I.S.S.

Fecha ut supra,

CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

Aclaración de voto del Magistrado UPRIMNY YEPES a la Sentencia C-559 de 2004.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS RESPECTO DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-  
Potenciales efectos jurídicos autónomos de calificación de esencial de un servicio público  
(Aclaración de voto)

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Carencia para calificar nuevas actividades como servicio  
público esencial (Aclaración de voto)

Esa expresión puede tener un efecto jurídico autónomo en un tema importante, puesto que la calificación de esencial de un servicio público tiene importantes consecuencias sobre el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores. Y por ello, debido a esos potenciales efectos jurídicos autónomos de esa expresión, era ineludible retirarla del ordenamiento, puesto que el Gobierno carecía de facultades para calificar nuevas actividades como servicio público esencial.

Comparto plenamente la casi totalidad de la presente sentencia. Por ello, y con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, aclaro mi voto únicamente para precisar las razones por las cuáles apoyé la declaratoria de inexecutable de la expresión “esencial” contenida en el artículo 3° del Decreto 1750 de 2003, por cuanto considero que en este punto la parte motiva no refleja totalmente la posición que sostuve en la Sala.

El fundamento 5.3. de la parte motiva, que sustenta esa decisión, acierta en señalar que el Presidente carecía de facultades para calificar un servicio público como esencial o no, por lo que no podía el Presidente usar esas facultades extraordinarias para definir nuevas actividades como servicio público esencial. El problema esencial que planteaba esta expresión “esencial” contenida en el artículo 3° del Decreto 1750 de 2003 era entonces si el Presidente simplemente había repetido la calificación de servicio público esencial hecha por la Ley 100 de 1993 a la seguridad social en salud, o si dicha expresión podía tener un efecto jurídico autónomo.

Según mi parecer, lo más probable es que dicha expresión carezca de cualquier efecto jurídico autónomo, puesto que el artículo 4° de la Ley 100 de 1993 ya había definido como servicio público esencial todo lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Y como las Empresas Sociales de Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003 tienen por objeto la prestación del servicio de salud, es razonable suponer que este artículo simplemente repite la calificación hecha por el artículo 4° de la Ley 100 de 1993 de la seguridad social en salud como servicio esencial. Sin embargo, no puede el juez constitucional dejar de constatar que el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, que define el régimen jurídico de las Empresas Sociales de Salud, establece que su objeto es “la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.” Esto significa que la Ley 100, al definir el objeto de estas

empresas, no califica como “esencial” el servicio público de salud a cargo del Estado, mientras que el artículo 3° del Decreto 1750 de 2003 si añade ese calificativo. Es posible que esa expresión no añada nada a la definición del servicio público de salud como esencial, tal y como lo estableció la Ley 100 de 1993; pero es también posible que dicha expresión sí tenga algún efecto autónomo, al menos por las siguientes dos razones: de un lado, podría considerarse que la Ley 100 de 1993 definió como esencial únicamente los servicios de salud que hacen parte del sistema de seguridad social, pero no estableció explícitamente que lo fueran aquellos servicios de salud que puedan prestarse por fuera del sistema de seguridad social. Y como estas empresas sociales prestan servicios de salud tanto en desarrollo del sistema de seguridad social como por fuera de dicho sistema, podría considerarse que estas últimas actividades no han sido todavía definidas como “esenciales” por el Legislador. De otro lado, podría suceder que la definición de “esencial” de todos los aspectos del servicio de salud en seguridad social contenida en la Ley 100 de 1993 pueda ser modificada; por ejemplo, podría la ley establecer que sólo algunos de estos servicios, como las urgencias, son esenciales, pero otros no. Si eso ocurriera, entonces muchos de los servicios prestados por las empresas sociales de Estado que no fueron creadas por el Decreto 1750 de 2003 dejarían de ser esenciales, mientras que algunos podrían considerar que todas las actividades de las empresas sociales de Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003 seguirían siendo esenciales, como efecto de la expresión “esenciales” contenida en el artículo 3° de ese decreto.

Fecha ut supra,

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-559/04

SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Calificativo de esencial dado por el legislador ordinario (Salvamento de voto)

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Naturaleza jurídica de la función había sido dada por el legislador ordinario (Salvamento de voto)

REF: Expediente D-4850

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16 (parcial) de la Ley 790 de 2002 “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.” y contra el Decreto 1750 de 2003, “Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado.”

Actor: RAMIRO BORJA ÁVILA

Magistrados Ponentes:

ALVARO TAFUR GALVIS

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Con el respeto acostumbrado manifiesto que no comparto la decisión de la Corte en relación con el numeral 5.3 de la sentencia de la referencia, -relativo al análisis del cargo formulada contra la expresión “esencial” contenida en el artículo 3º del Decreto 1750 de 2003 por carecer el Gobierno de facultades para establecer ese carácter para el servicio que prestan las Empresas Sociales del Estado creadas por dicho Decreto-, por las mismas razones que fueron expuestas en el aparte pertinente de la ponencia que presenté a consideración de la Sala Plena de la Corporación y que no fue aceptada en este punto.

En dicha ponencia en la que se proponía a la Sala declarar la exequibilidad de la aludida expresión “esencial”, se señaló en efecto lo siguiente:

“Análisis del cargo formulado contra la expresión “esencial” contenida en el artículo 3º del Decreto 1750 de 2003 por carecer el Gobierno de facultades para establecer ese carácter para el servicio que prestan las Empresas Sociales del Estado creadas por dicho Decreto.

Según el actor el Presidente de la República carecía de facultades para asignar el carácter de esencial al servicio prestado por las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003, pues esa es una facultad que pertenecería exclusivamente al Legislador ordinario y que no podría ser objeto de facultades extraordinarias.

Los intervinientes y el señor Procurador coinciden en que en este caso el Legislador extraordinario simplemente reiteró la calificación hecha por el Legislador ordinario en la Ley 100 de 1993 en la que en diversos artículos (arts 2, 4, 152, 156, 157) se alude al servicio público esencial de salud por lo que en manera alguna puede considerarse que se hayan desbordado las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República. El Procurador agrega que no es cierto que dicha facultad sea exclusiva del Legislador ordinario.

Al respecto la Corte constata que efectivamente como lo recuerdan los intervinientes y el señor Procurador en varios artículos de la Ley 100 de 1993 el Legislador ordinario dio al servicio público de seguridad social en salud el calificativo de servicio público esencial<sup>59</sup>.

Así el artículo 2 de dicha ley señala que “El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación”, por su parte el artículo 4 de la misma ley precisa que “La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control esta a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.” Y concretamente que “Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.”.

En el mismo sentido el artículo 152 de la ley 100 en su segundo inciso señala que “Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.” Por su parte el artículo 157 de la misma ley en el primer inciso

establece que “A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.”

Es claro entonces para la Corte que las facultades precisas que echa de menos el actor para que el Legislador extraordinario pudiera calificar como esencial el servicio público prestado por las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003 no se necesitaban pues el Legislador ordinario ya había establecido dicha calificación en la ley 100 de 1993 y en este sentido el Presidente de la República simplemente reiteró dicho carácter en concordancia con lo dispuesto para este efecto en la Ley 100 de 1993 por el Legislador ordinario.

Cabe precisar sobre este punto que en la Sentencia C-725 de 2000 -invocada por el actor como sustento de sus afirmaciones- la Corte declaró la inexecutable de algunas expresiones de los Decretos 1071 y 1072 de 1999<sup>61</sup> que señalaban el carácter esencial del servicio prestado por la DIAN, no con fundamento en la imposibilidad de que el legislador extraordinario pueda proceder a calificar como esencial un servicio público, sino en que en ese caso no se habían conferido precisas facultades para el efecto<sup>62</sup>.

Cabe precisar así mismo que en ese caso no existía previamente la calificación por el Legislador ordinario de ese servicio como servicio público esencial, contrariamente a lo que acontece en el presente caso.”

En ese orden de ideas el cargo formulado por el actor contra la expresión “esencial” contenida en el artículo 3 del Decreto 1750 de 2003 por el supuesto desbordamiento de las facultades extraordinarias no estaba llamado a prosperar”

Ahora bien, de la simple comparación de los argumentos que acaban de citarse y el texto de la sentencia<sup>63</sup> se desprende que en esta última no se tuvo en cuenta que además de la calificación como esencial del servicio público de seguridad social en salud efectuado por la Ley 100 de 1993 en sus artículos 2, 152 y 157, dicha Ley estableció como instrumento para la prestación de dicho servicio a las Empresas Sociales del Estado cuyo régimen jurídico señalaron los artículos 194 y 195 de la misma Ley 100 de 1993<sup>64</sup>. No es posible entonces compartir el argumento según el cual “son dos cosas diferentes que la Ley 100 de 1993 se haya referido a la prestación del servicio de salud como esencial, y que el Decreto 1750 de 2003 extienda esa calificación a las Empresas Sociales del Estado que fueron creadas por este último, pues en este caso no se trata simplemente de una reiteración de definición legal anterior, sino de definir la naturaleza jurídica que corresponde al objeto de tales empresas que no tenían existencia cuando fue expedida la Ley 100 de 1993”<sup>65</sup>

Es claro que la naturaleza jurídica de la función que cumplen las Empresas Sociales del Estado ya había sido dada por el Legislador ordinario al mismo tiempo que había definido que las mismas Empresas Sociales del Estado serían precisamente el instrumento para la prestación de dicho servicio (arts 194 y 195 de la Ley 100 de 1993).

Fecha ut supra,

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-559/04

INTERPRETACION SISTEMATICA RESPECTO DE NORMA ACUSADA-Procedencia/SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Carácter esencial (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D-4850

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16 (parcial) de la Ley 790 de 2002 “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.” y contra el Decreto 1750 de 2003, “Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado.”

Actor: Ramiro Borja Ávila

Magistrados Ponentes:

ALVARO TAFUR GALVIS

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Respetuosamente salvo mi voto respecto de la inconstitucionalidad de la palabra esencial. Adhiero a los argumentos expresados por quienes también salvaron el voto en este punto.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-559 DE 2004 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN CONTRATACION-Vulneración porque para contratar se requieren condiciones previas e idénticas para todos los contratistas (Salvamento parcial y Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN SALUD-Aplicación (Salvamento parcial y Aclaración de voto)

REVISOR FISCAL-Carácter independiente (Salvamento parcial y Aclaración de voto)

REF: EXPEDIENTE D- 4850

Magistrado Ponente:

ALVARO TAFUR GALVIS

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar el voto sobre la sentencia; y por tratarse de varios artículos, voy a seguir el orden de la parte resolutive de la misma:

En relación con los ordinales primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, aclaro el voto por cuanto ordena estarse a lo resuelto en sentencias anteriores, respecto de las cuales salvé el voto.

En relación con el ordinal sexto, que ordena inhibirse, salvo el voto; ya que el demandante señaló tanto cargos genéricos, como específicos y lo procedente era pronunciarse de fondo. En el análisis de fondo la norma es inexecutable, pues se le dan a las juntas directivas competencias propias del Legislador.

En relación con los ordinales séptimo, octavo, décimo, undécimo (no onceavo), duodécimo hasta el décimo séptimo, que declara exequibles las normas demandadas, salvo el voto por las razones que ya expresé y que coinciden con las del demandante.

Adicionalmente respecto de algunos numerales señalo unas razones puntuales:

Numeral décimo: Esta norma modifica una serie de reglas generales. Para contratar se requiere de unas condiciones previas e idénticas para todos los contratistas; al exonerar algunos de ellos de esas condiciones, se viola la norma constitucional de la igualdad.

Numeral undécimo (onceavo): La salud debe atenderse mediante un servicio público al que tengan derecho todos los ciudadanos, esto es, que tenga la característica de la universalidad; pues todos los seres humanos tienen derecho a la salud; y este derecho no puede sacrificarse por un elemento financiero. La salud debe prestarse, aún para las enfermedades catastróficas.

En relación con el numeral décimo tercero: Los revisores fiscales deben ser independientes de la administración que controla y su independencia debe protegerse.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Dado que el actor al tiempo que formula cargos generales contra el Decreto 1750 de 2003, acusa total o parcialmente algunos artículos del mismo Decreto, se subrayan solamente los apartes específicos que este acusa como petición subsidiaria a la declaratoria de inexecutable total del referido decreto.

2 Acto Legislativo No.01 de 2003, artículo 6º, párrafo, que modificó el artículo 125 de la Constitución.

3 Cabe precisar desde ahora respecto de dicho artículo 23 que el actor no lo incluye dentro

de las normas que acusa.

4 En el aparte pertinente de la sentencia se resumió así la acusación formulada por el actor en ese proceso:

“Los cargos de inconstitucionalidad que los demandantes plantean contra los literales d), e) y f) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, son los siguientes: i) el primero de ellos se refiere a la violación del artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política, en tanto el Congreso de la República no podía otorgar al Ejecutivo la facultad de “Escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley”, por tratarse de una atribución propia del Congreso que no puede ser delegada en el Presidente de la República; ii) en relación con ese mismo literal d), aducen los accionantes que esa disposición reprodujo el contenido material del artículo 53 de la Ley 489 de 1998, declarado inconstitucional por esta Corporación mediante sentencia C-702 de 1999, con lo cual se desconoce el principio de la cosa juzgada constitucional consagrado en el artículo 243 de la Carta Política; iii) los literales e) y f) acusados, vulneran el requisito de precisión contenido en el numeral 10 del artículo 150 del ordenamiento superior; y, iv) las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República para la renovación del Estado, desconocen los principios que orientan la función administrativa (CP. art. 209).” Sentencia C-121/04 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

5 La Corte resumió así en el aparte pertinente la acusación formulada por el actor en ese proceso : “ Como se expuso en el acápite de Antecedentes, la demanda afirma que el literal d) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 carece de la claridad y precisión exigidas por la Constitución Política en el numeral 10° de su artículo 150, porque el significado de la palabra “escindir” no puede determinarse de manera cierta, debido a que el artículo 53 de la Ley 489 de 1998, que a juicio de los demandantes regulaba la materia, fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-702 de 1999. Por tal razón, dicen, actualmente no existe ninguna regla que defina con precisión cuál es el proceso y las consecuencias de la “escisión” cuando se trata de entidades u organismos administrativos del orden nacional.” El sentido específico de la palabra “escisión” no puede tampoco determinarse acudiendo a las normas del Código de Comercio o del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues ellas tienen un carácter especial que las hace inaplicables para efectos de regular la escisión de entidades administrativas nacionales. Por todo lo anterior, la expresión utilizada por el legislador no es precisa, lo cual hace, afirman, que la norma de atribuciones sea inexecutable y, consecuentemente, el Decreto expedido con fundamento en ella. “ Sentencia C-349/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

6 La Corte resumió así en el aparte pertinente la acusación formulada sobre este punto: “Según esta acusación, al expedir el Decreto 1750 de 2003 el Presidente de la República incurrió en extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias concedidas, pues aún sobre el supuesto de que las facultades conferidas por el artículo 16 de la Ley 790 de 2002 fueran precisas, ellas no podían incluir la autorización para escindir al Instituto de Seguros Sociales, por expresa limitación consagrada en el artículo 20 de la misma Ley 790 de 2002, dado que según esta última norma, en desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública el Gobierno Nacional no podía suprimir, liquidar ni fusionar el Instituto de Seguros Sociales (ISS). Agrega la acusación que a pesar de que el artículo 20 no

utiliza la palabra “escisión”, sino que únicamente se refiere a la prohibición de “liquidar” la mencionada Institución, la proscripción de este tipo de operaciones se concluye necesariamente del hecho que la “escisión” implica la liquidación.” Sentencia C-349/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

7 Dentro de las principales consideraciones que fundamentaron la decisión cabe recordar las siguientes:

Dijo la Corte lo siguiente: “6. Dicen los demandantes que la prohibición de suprimir contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2003 debía interpretarse en sentido amplio, pues de lo contrario se vería recortada la intención del legislador de reservarse atribuciones respecto de reformas significativas al ISS. En tal virtud, esa interpretación amplia de la prohibición llevaría a concluir que el Gobierno no sólo no podía suprimir el Instituto de Seguros Sociales, sino tampoco alguna de sus partes, como de hecho ocurrió con la referida Vicepresidencia de Servicios de Salud que dejó de existir.

A juicio de la Corte no le asiste razón a la demanda, pues esa interpretación amplia de la prohibición vaciaría de contenido la facultad de escindir, expresamente contemplada en el literal d) del artículo 16. En efecto, si no es posible suprimir al ISS, pero sí escindirlo, forzoso es concluir que las facultades de escisión permiten únicamente separar una o más partes del Instituto, parte o partes a partir de las cuales se pueden crear otras entidades, cosa que es exactamente lo que sucedió. Pero si esta posibilidad tampoco es admitida, entonces carecerían de sentido las mencionadas facultades de escindir, dejando sin efectos las atribuciones legislativas concedidas en el literal d) del artículo 16. Por ello, no acoge la Corte la interpretación extensiva de la prohibición contenida en el artículo 20 que hacen los demandantes.

7. Dicen también los actores que la facultad de escindir debe ser interpretada según lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 del cual se deduciría, dicen, la necesidad de liquidación del ISS. Al respecto, observa la Corte que en dicho artículo 52 el Congreso, en desarrollo del numeral 7º del artículo 150 superior, previó los principios y orientaciones generales que el Ejecutivo debe seguir para la supresión, disolución y liquidación de entidades u organismos administrativos nacionales, señalando en qué casos puede el Presidente de la República suprimir o disponer la disolución y consiguiente liquidación de tales entidades. Observa también que en sus dos últimos párrafos el artículo 52 regula la manera en que se procederá a llevar a cabo la liquidación patrimonial a que dé lugar tal disolución. Al respecto indica:

“Parágrafo 1º. El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

“Parágrafo 2º. Tratándose de entidades sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza.”

A juicio de la Corte, las reglas transcritas constituyen el marco general al que de estarse el Ejecutivo en el caso de liquidación de entidades administrativas del orden nacional que sean disueltas y suprimidas y no aquellos eventos en que la entidad es parcialmente escindida, de manera que continúa existiendo sin disolverse, como sucedió con el ISS.

Finalmente la Corte entiende que la supresión de la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud del Instituto de Seguros Sociales producida por efectos de la liquidación no equivale a la supresión del Instituto, que era lo expresamente vedado al legislador extraordinario. Por todo lo anterior la Corte despacha como improcedente el cargo según el cual el Gobierno Nacional estaba en imposibilidad de escindir el ISS, pues la escisión equivaldría a liquidación o supresión y ésta estaba expresamente prohibida."Sentencia C-349/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

8 Sobre el particular dijo la Corte: "4. En el lenguaje corriente "escindir" quiere decir tanto como "separar" o "dividir". De similar manera, en sentido jurídico el vocablo escindir debe ser entendido en su sentido natural y obvio, es decir como sinónimo de separación o división. Como consecuencia de la escisión, lo escindido puede desaparecer. Pero también puede solamente verse reducido, por la separación de una o más partes que conformaba la unidad inicial.

Visto lo anterior la Corte estima que, atendiendo al sentido común de la palabra escindir, puede entenderse que jurídicamente la escisión de entidades reviste dos modalidades: una primera en la cual la entidad escindida se disuelve, dando lugar a la creación de otras, resultando suprimida la escindida; y otra, en la cual una o más partes o dependencias de la entidad escindida se separan de ella, pudiendo dar lugar a la creación de otra u otras, pero sin que la inicial desaparezca del mundo jurídico. Por lo tanto, no es cierto, como lo afirman los demandantes, que la escisión necesariamente conlleve la liquidación y supresión de la entidad escindida.

Entendida de esta manera la noción de escindir en sus dos modalidades, la Corte deduce que la interpretación armónica de los artículos 16 literal d) y 20 de la Ley 790 de 2003 lleva a concluir que esta Ley concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para escindir entidades del orden nacional, pero sin que, en los casos de las entidades a que se refiere la prohibición del artículo 20, dicha escisión pudiera llevarse a cabo de manera tal que la entidad escindida resultara finalmente suprimida. En efecto, si bien en el literal d) del artículo 16 de la Ley 790 de 2003 se conceden expresamente facultades para "escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley", como es el caso del Instituto de Seguros Sociales, en el artículo 20 se dice que en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública el Gobierno Nacional no podrá suprimir dicho Instituto.<sup>8</sup>

Es claro entonces que el Gobierno Nacional podía escindir el Instituto de Seguros Sociales, según se lo autorizaba el artículo 16, pero no podía suprimirlo, pues le estaba prohibido expresamente por el artículo 20. Así las cosas, la escisión solo podía consistir en la separación de alguna o algunas de sus dependencias, que daría lugar a la creación de otra u otras entidades, pero el Instituto como persona jurídica debía conservarse." Sentencia C-349/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

9 La Corte en el aparte pertinente resumió de la siguiente manera la acusación formulada: “15. Considera la demanda que el modo específico en que se llevó a cabo la escisión desconoce los artículos 39, 55 y 83 de la Constitución, pues al transferirse las clínicas y centros ambulatorios del Instituto de Seguros Sociales a las empresas creadas en el Decreto 1750 de 2003 se violaron las garantías de asociación sindical y de negociación colectiva que la Constitución consagra en sus artículos 39 y 55 y el principio de buena fe a que alude el 83 ibídem. (...)”

Agrega que en esa calidad de trabajadores oficiales, el Sindicato que los agrupa concluyó con el Gobierno Nacional un “Acuerdo Integral” encaminado a resolver los problemas financieros del Instituto de Seguros Sociales, el cual modificó la Convención Colectiva vigente hasta 2001 y fue integrado a la nueva Convención, con vigencia hasta 2004. No obstante, como en el Decreto 1750 de 2003, ahora bajo examen, el Gobierno “automáticamente” convirtió en empleados públicos a los trabajadores oficiales que trabajaban en la planta de las clínicas y centros de atención del ISS, “automáticamente” los dejó por fuera de los beneficios de la Convención o contrato colectivo celebrado en 2001, lo cual, a su parecer, constituye una violación a los derechos de asociación sindical y negociación colectiva garantizados en los artículos 39 y 55 de la Constitución Política, además de contrario al principio de buena fe, pues el cambio no fue justificado objetiva y razonablemente.” Sentencia C-349/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

10 Sobre el particular dijo la Corte: “19. Vistos los supuestos jurídicos y fácticos que fundamentan la acusación según la cual al escindir el ISS el Gobierno habría desconocido el artículo 83 de la Constitución Política relativo al principio de buena fe, por el supuesto incumplimiento de un compromiso adquirido con el Sindicato de esa entidad recogido en un Acuerdo Integral suscrito en 2001, la Corte considera lo siguiente:

El juicio de constitucionalidad consiste esencialmente en una confrontación normativa que se hace entre disposiciones de rango legal y constitucional, a fin de establecer su conformidad o discrepancia. Es un juicio abstracto y objetivo que sólo pretende examinar la disposición acusada en su contenido material y el procedimiento seguido para su expedición. En tal virtud, la acusación fundada en la supuesta mala fe del legislador al expedir una determinada ley rebasa el objeto propio del juicio de constitucionalidad.

De otro lado, la buena fe entendida como aquel principio general de derecho según el cual los sujetos deben conducirse bajo parámetros de honestidad en las relaciones jurídicas, es decir bajo el convencimiento de actuar legítimamente, válidamente y por medios exentos de fraude, es de presunción general. Es decir, la buena fe se presume y esta presunción cobija igualmente al legislador en el ejercicio de la función legislativa. En tal virtud, la mala fe debe probarse, por lo cual el actuar doloso o fraudulento no puede tan solo afirmarse.

Por las anteriores razones, el cargo de inconstitucionalidad sustentado en la sola afirmación de la mala fe del legislador carece de aptitud para que la Corte lleve a cabo la confrontación normativa que implica un examen objetivo de constitucionalidad. En este sentido, en oportunidad anterior la Corte dijo lo siguiente:

“No es admisible la afirmación del accionante sobre posible mala fe del Congreso al dictar la disposición. Ya ha dicho la Corte, con arreglo al artículo 83 de la Carta Política, que quien

afirme la mala fe de un organismo o servidor del Estado debe probarla pues la presunción que consagra el sistema jurídico es cabalmente la contraria. El postulado constitucional prohija unas relaciones de buena fe entre el Estado y los particulares; un clima de mutua confianza que exige presumir aquella en todas las actuaciones de uno y otros, siendo lo adecuado a la Constitución que las presunciones de mala fe se proscriban de los ordenamientos legales.”<sup>10</sup>

Adicionalmente, al parecer de la Corporación el juicio de constitucionalidad implica exclusivamente la comparación con la Constitución de la norma de rango legal acusada, y no la confrontación de la misma con convenios o acuerdos del Ejecutivo con particulares. Por ello, la inconstitucionalidad del Decreto Ley aquí demandado no puede provenir de su conformidad o disconformidad con lo convenido entre el Gobierno Nacional y el Sindicato del Instituto de Seguros Sociales en el mencionado “Acuerdo Integral”.

20. Por otra parte, la Corte entiende que las facultades del legislador para modificar la estructura de la Administración, facultades que pueden ejercerse decretando la escisión de un organismo del orden nacional, están reconocidas en el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución; dichas facultades constitucionales (que en este caso se ejercieron por delegación al ejecutivo) no pueden serle limitadas al Congreso de la República en virtud de normas de inferior jerarquía, ni de convenios o acuerdos suscritos por el Gobierno Nacional con los ciudadanos.

Ciertamente, en la expedición del Decreto 1750 de 2003 el Ejecutivo actuó como legislador extraordinario, revestido de las mismas facultades que en materia de estructura de la Administración competen al Congreso, por expresa delegación llevada a cabo mediante el literal d) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, declarado exequible mediante sentencia C-121 de 2004<sup>10</sup>. (ver supra). Desde un punto de vista constitucional, lo convenido en el Acuerdo Integral suscrito entre el Gobierno Nacional, la Administración del ISS y el Sindicato de esa entidad no podía limitar las facultades concedidas por la Constitución al Congreso Nacional para modificar la estructura de la Administración, que lo habilitan para crear organismos a partir de la escisión de otros del orden nacional, facultades que fueron ejercidas por delegación con la expedición del Decreto 1750 mencionado. Por esa razón lo convenido en dicho acuerdo no puede limitar las facultades legislativas de escisión, ni originar la inconstitucionalidad de esta decisión, ni de todo el referido Decreto.

En tal virtud, el cargo esgrimido en contra de la totalidad del Decreto por el hecho de haber desconocido lo convenido en el Acuerdo Integral suscrito en 2001 en lo relativo al mantenimiento de la Unidad de empresa en el Instituto de Seguros Sociales no está llamado a prosperar.” Sentencia C-349/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

11 Dado que varias de las solicitudes de inhibición planteadas por los actores aluden a disposiciones respecto de las cuales se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, y por tanto no resulta procedente hacer ningún pronunciamiento adicional, en el presente acápite se aludirá exclusivamente a las disposiciones restantes respecto de las cuales se ha solicitado dicha inhibición.

12 Defectos a los cuales se ha referido la jurisprudencia de la Corte cuando ha señalado la ineptitud de una demanda de inconstitucionalidad, por inadecuada presentación del concepto

de la violación. Cfr. los autos 097 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y 244 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño y las sentencias C-281 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-519 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-177 de 2001 M.P. Fabio Morón Díaz, C-013 de 2000 y C-362 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Gálvis, C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre varios pronunciamientos.

13 Ver por ejemplo, el Auto de Sala Plena 244 de 2001

14 Sentencia C-131/93. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No. 1.3

16 Sentencia C-447/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

17 Ver Sentencias C-011 y C-362 de 2001. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

18 El actor se limita a afirmar en este caso que el numeral 10 del artículo 4 acusado, viola la Carta Política, cuando establece que las Empresas Sociales del Estado tendrán como objetivos y funciones generales “Las demás que de acuerdo con su naturaleza y funciones le sean asignadas conforme a las normas legales”, pues “...ninguna autoridad diferente al legislador puede adicionar ni corregir su voluntad para variarle sus funciones, asignándole otras. Otorgar la facultad, indeterminada en el tiempo, a otras autoridades, que la norma no señala, para que le asignen “conforme a las normas legales” otras funciones a estos nuevos entes, es desbordar el marco preciso de las facultades que temporalmente recibió el Gobierno”.

19 Sobre dicho artículo señala que “...sin estar facultado por el Congreso para ello, se obliga al ISS a contratar íntegramente las prestación de los servicios de salud, pese a que ese instituto tiene como uno de sus objetivos institucionales prestar directamente tales servicios, hasta donde sus propios recursos humanos y físicos se lo permitan y que por voluntad del legislador el ISS tiene autonomía administrativa y patrimonio propio. En subsidio solicita “que se decrete la inconstitucionalidad de la parte que obliga al ISS a contratar exclusivamente “con las empresas de que trata el presente decreto, de acuerdo con el portafolio de servicios que estén en capacidad de ofrecer, y, por un término máximo de treinta y seis (36) meses, contados a partir de la vigencia del mismo...”.

20 Sobre el contenido y alcance de dichos requisitos ver entre otras la Sentencia C- 503/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil. En relación con el requisito de petición expresa de las facultades dijo la Corte “Las facultades deben ser solicitadas expresamente por el Gobierno. (...)Esta fue una de las limitaciones que se adicionaron en la Constitución de 1991 y su alcance es el de impedir que, como había venido ocurriendo, el Congreso, por propia iniciativa, decidiera trasladar al Ejecutivo su competencia legislativa, despojándose de la responsabilidad que conforme a la Constitución le corresponde en el estudio y en la decisión de los asuntos que deban regularse por la ley” Sentencia C-501/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

21 Sobre este particular, en Sentencia C-119 de 1996 la Corte señaló lo siguiente “[l]a Constitución faculta al Congreso para revestir de precisas facultades extraordinarias al Presidente, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Es obvio que el Gobierno al solicitar las facultades debe, en el respectivo proyecto de ley, justificar suficientemente las razones que determinan su

petición y que al Congreso dentro de la libertad política y la facultad discrecional de que es titular como conformador de la norma jurídica le corresponde sopesar y valorar dicha necesidad y conveniencia, más aún, cuando delega transitoriamente atribuciones que le son propias. Por lo tanto, debe presumirse que si otorgó las facultades es porque halló méritos suficientes para ello, a menos que se demuestre de manera manifiesta y ostensible que aquél obró caprichosamente, a su arbitrio y sin fundamento real alguno. No le es dable, a quien hace uso de la acción pública de inconstitucionalidad utilizar un metro para medir el grado y ámbito de la justificación de las facultades, pues como se dijo antes, existe un margen apreciable de discrecionalidad, que no de arbitrariedad, en cuanto a dicha justificación tanto en el Gobierno como en el Congreso.” Sentencia C-119 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

22 En dicha exposición de motivos se señaló lo siguiente:

“5.5. Capítulo: Atribución de facultades extraordinarias

En el artículo 10 del proyecto, se solicita la atribución de facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de seis (6) meses con el propósito de racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación. El preciso objeto de las facultades es el siguiente:

a) Suprimir y fusionar Ministerios y Departamentos Administrativos, determinando su denominación número y orden de precedencia.

Atendiendo la jurisprudencia sobre la materia, el Gobierno entiende que esta facultad no se encuentra dentro de la facultad general a la que se refiere el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política. Una interpretación armónica de las distintas normas constitucionales conduce a deducir que, de acuerdo con la facultad del Congreso, contenida en el artículo 206 de la Constitución, la facultad de determinar el número y orden de procedencia de los Ministerios y Departamentos Administrativos, es propia del cuerpo legislativo. En consecuencia, la supresión o fusión de Ministerios y Departamentos Administrativos, sólo es posible mediante normas con fuerza de ley.

Revisada la estructura, organización y funcionamiento de los actuales Ministerios, se considera necesario que algunos de ellos se fusionen o se supriman y sus funciones sean atribuidas a otros;

b) Señalar o modificar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades y organismos administrativos del orden nacional, creados o autorizados por la Ley.

Dentro de las facultades atribuidas al Congreso de la República se encuentra la de determinar la estructura de la Administración Pública y, con fundamento en la jurisprudencia, es claro que esa atribución se refiere a la estructura orgánica de la entidad, mientras que el Presidente debe determinar la organización interna de los órganos administrativos.

En el contexto de la renovación de la administración que es imperativo adelantar, resultará necesario modificar aspectos de la estructura orgánica de las entidades. Por esa razón se requiere de las facultades extraordinarias solicitadas, las cuales se ejercerán en los términos

y con la finalidad señalada en el mismo proyecto:

c) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre de las entidades y organismos de la misma administración pública nacional.

Dentro del proceso de optimización de la actividad pública, es necesario redistribuir algunas funciones que fueron asignadas a determinada entidad por su ley de creación, pero que no corresponden más a la naturaleza de otra entidad que realiza actividades complementarias y pueden ser desarrolladas con mayor eficiencia por esa.

Como quiera que las funciones orgánicas son dadas por la ley, su modificación sólo puede hacerse por normas con dicho nivel jerárquico, razón por la cual son necesarias las facultades solicitadas;

d) Escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley.

Cuando una entidad tiene gran cantidad de funciones que aunque complementarias son diferentes y ocupan equipos administrativos y logísticos distintos, se hace necesario escindir la organización para lograr mayor eficiencia en la prestación del servicio. Por ese motivo se solicita la facultad de escisión como un mecanismo necesario para racionalizar la operación de algunas entidades estatales y buscar la mejor atención de los requerimientos de la ciudadanía;

e) Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a las cuales se trasladen las funciones de las suprimidas.

Es una facultad que se requiere en el contexto de operaciones estructurales complejas como las fusiones o escisiones. Esta clase de operaciones por seguridad jurídica, requieren la mayor precisión posible en su fundamento legal, por lo cual es necesario contar con una facultad clara, que evite en el futuro el problema de interpretación de las Cortes sobre el alcance de las facultades;

f) Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplan las entidades y organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen, cuando a ello haya lugar.

Como resultado de la escisión, fusión o transformación de algunas entidades nacionales, se requiere la facultad para crear entidades nuevas que asuman las atribuciones originalmente otorgadas a las entidades objetos de la operación administrativa respectiva,

En la medida en que la facultad de crear entidades nacionales es una atribución propia del Congreso de la República, es indispensable que para hacer armónica la adecuación global de la administración se le otorguen facultades al Presidente con dicho propósito;

g) Determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas.

La redistribución de funciones y competencias implican el desplazamiento de la gestión de políticas entre sectores. Por ese motivo es necesario que los organismos descentralizados responsables de la ejecución de las políticas sectoriales quedan adscritos o vinculados a aquellas entidades a las cuales se les ha trasladado la función de planeación y diseño de las estrategias que le corresponda realizar, es necesario entonces disponer de la capacidad jurídica para armonizar los aspectos funcionales con los operativos, mediante la adscripción y la vinculación de las entidades descentralizadas a las entidades que en desarrollo de la modernización institucional de la Nación han asumido las funciones rectoras.

El proyecto se pone a consideración, dota al Presidente de la República de los instrumentos jurídicos necesarios para tomar las medidas que se requieren para modernizar la estructura de la Administración Pública, racionalizar el ejercicio de la función pública y estabilizar las finanzas nacionales, mediante el ajuste del gasto de la Nación, medidas complementarias a las sometidas al Congreso para mejorar los ingresos públicos y que combinadas permitirán contar con un sistema de administración público eficiente, sostenible y viable.” (subrayas fuera de texto)

24 Sentencia C-568 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

25 Sentencia C-352 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Alfredo Beltrán Sierra.

26 Artículo 4°. Funciones generales. En desarrollo de su objeto, las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto cumplirán las siguientes funciones:

6. Contratar con las personas jurídicas constituidas por sus ex funcionarios o en las que éstos hagan parte que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad, para permitir la correcta prestación del servicio de salud, de conformidad con los parámetros fijados por la Junta Directiva.

(subrayas fuera de texto)

27 Artículo 9°. Funciones generales de la Junta Directiva. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto cumplirán las siguientes funciones: (...)

4. Fijar los parámetros para que el Gerente General, contrate con las personas jurídicas constituidas por sus ex funcionarios o en las que éstos hagan parte que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad, para permitir la correcta prestación del servicio de salud.

5. Proponer a la Junta Directiva la contratación de personas jurídicas constituidas por sus ex funcionarios o en las que estos hagan parte, que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad, para permitir la correcta prestación del servicio de salud.

29 Ley 80 de 1993 ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores

públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

30 Artículo 4°. Funciones generales. En desarrollo de su objeto, las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto cumplirán las siguientes funciones: (...)

7. Garantizar mediante un manejo gerencial adecuado, la rentabilidad social y financiera de la Empresa Social del Estado.

Artículo 6°. Estructura. Las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, contarán con una Junta Directiva, un Gerente General y Subgerencias, que se crearán de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio y la rentabilidad social y financiera de la empresa, atendiendo los parámetros que determine su Junta Directiva. A partir de esta estructura básica, las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, definirán la estructura organizacional de acuerdo con las necesidades y requerimientos de los servicios que ofrezca cada una de ellas.

31 Sentencia C-121/04 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

32 Sentencia C-121/04 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

33 Sobre el particular cabe indicar que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -Ley 270 de 1996- en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 241 superior dispuso que “la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución.”

34 Sentencia C-837 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

35 Al respecto, la Corte ha definido el principio aludido indicando que “. La universalidad significa que el servicio debe cubrir a todas las personas que habitan el territorio nacional. Sin embargo, es claro que ello se debe hacer en forma gradual y progresiva, pues tratándose de derechos prestacionales los recursos del Estado son limitados, de ahí la existencia del principio de solidaridad, sin el cual la población de bajos recursos o sin ellos no podría acceder a tales servicios.” Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

36 En torno del principio de solidaridad la Corte ha explicado que:

“[L]a solidaridad es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales. En efecto, ambos postulados constitucionales obran en aquellas circunstancias en las cuales la aplicación del sistema legal de derechos y obligaciones resulta disfuncional en relación con la protección de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, el estricto seguimiento de las prescripciones legales no siempre conduce a los objetivos propuestos por el sistema. La efectividad del derecho, entendida como correspondencia entre la conducta y el contenido normativo, no siempre trae consigo la eficacia del derecho, entendida como correspondencia entre objetivos y resultados. En el Estado social de derecho no basta con que las normas se cumplan; es necesario, además, que su cumplimiento coincida con la realización de principios y valores constitucionales.”

(...)

“El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familiares.” Sentencia No. T-005 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

37 Cfr. Sentencia SU.623 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

38 Cfr. Sentencias T-746 de 2002, T-059 de 1997 y T-515 de 2000

39 Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

40 Sentencia T-148 de 1999. Sobre este punto la tesis de la Corte se ha mantenido inmodificable en múltiple jurisprudencia, ver entre otra las sentencias : T-812 de 1999, T-264 de 1999, T-435 de 1999, T-448 de 1999, T-832 de 1999 , T-428 de 1998, y T-752 de 2002

41 “La Corte ha señalado que si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecúan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la norma legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios. Pero si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento. En ese orden de ideas, la Corte debe entrar a definir, con base en argumentos constitucionales, si ambas interpretaciones son admisibles o no. El estudio y decisión de la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la integridad de la Carta, no sólo se limita a la simple confrontación exegética de la norma legal y la Constitución, sino que su labor hermenéutica exige dilucidar los distintos sentidos posibles de los supuestos impugnados, las interpretaciones que resultan intolerables y los efectos jurídicos diversos o equívocos que contrarían la Constitución.” Ver Sentencia C-690 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

42 Artículo 8°. Conformación de la Junta Directiva. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto estará conformada por siete (7) miembros, los cuales deberán pertenecer a los sectores políticos - administrativo, científico del área de la salud y de la comunidad, para un período institucional de tres (3) años, así:

Del sector político administrativo, tres (3) miembros:

a) El Ministro de la Protección Social o su delegado, quién la presidirá;

- b) El Director General de Calidad de Servicios del Ministerio de la Protección Social;
- c) Un representante del Presidente de la República.

Del sector científico del área de la salud, dos (2) miembros:

- a) Un decano de las facultades de ciencias de la salud escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada por las universidades que tengan sede en el área de influencia de la respectiva Empresa Social del Estado;
- b) Un miembro de la Academia Nacional de Medicina escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada por dicha institución;

Del sector de la comunidad, dos (2) miembros:

- a) Un representante de las Centrales Obreras escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada por dichas organizaciones;
- b) Un representante de una asociación de usuarios del sector de la salud legalmente constituida escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada para tal fin.

(...)

Parágrafo 3°. Los Miembros de la Junta Directiva tendrán derecho a honorarios, de acuerdo con la tarifa que fije el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (...)

43 ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas; (subrayas fuera de texto)
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

44 Artículo 9°. Funciones generales de la Junta Directiva. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto cumplirán las siguientes funciones: (...)

9. Designar el Revisor Fiscal y fijar sus honorarios.

(...)

45 Sentencia C-665-00 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Ver en el mismo sentido la Sentencia C-314/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".

2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.

3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.

4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.

8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.

9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

ARTÍCULO 196. EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARACTER NACIONAL. Transfórmense todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.

47 Ley 80 de 1993 ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para

los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...)

48 Ver Sentencia C-314/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

49 Artículo 9°. Funciones generales de la Junta Directiva. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto cumplirán las siguientes funciones:

(...)

14. Las demás que le señalen la ley, los estatutos y reglamentos, de acuerdo con su naturaleza.

50 Gaceta del Congreso ....

51 De acuerdo con el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española Vigésima primera edición , el vocablo elección alude a la acción o efecto de elegir/ al nombramiento que regularmente se hace por votos, para algún cargo comisión; a la emisión de votos para elegir cargos políticos; a la designación de una persona para un oficio eclesiástico vacante, mediante los votos de un colegio al que corresponde ese derecho.

52 De acuerdo con el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española Vigésima primera edición , el vocablo designación alude a la acción y efecto de designar una persona o cosa para cierto fin.

53 Artículo 11. Designación del Gerente General. Las Empresas Sociales del Estado tendrán un Gerente General, designado por el Gobierno Nacional, de terna presentada por la Junta Directiva y aceptada por este, para un periodo de tres (3) años prorrogables, quien será su Representante Legal.

(...)

54 Artículo 8°. Conformación de la Junta Directiva. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto estará conformada por siete (7) miembros, los cuales deberán pertenecer a los sectores políticos - administrativo, científico del área de la salud y de la comunidad, para un período institucional de tres (3) años, así:

Del sector político administrativo, tres (3) miembros:

a) El Ministro de la Protección Social o su delegado, quién la presidirá;

- b) El Director General de Calidad de Servicios del Ministerio de la Protección Social;
- c) Un representante del Presidente de la República.

Del sector científico del área de la salud, dos (2) miembros:

- a) Un decano de las facultades de ciencias de la salud escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada por las universidades que tengan sede en el área de influencia de la respectiva Empresa Social del Estado;

Del sector de la comunidad, dos (2) miembros:

- a) Un representante de las Centrales Obreras escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada por dichas organizaciones;
- b) Un representante de una asociación de usuarios del sector de la salud legalmente constituida escogido por el Ministro de la Protección Social de terna enviada para tal fin.

Parágrafo 1°. A las reuniones de la Junta Directiva asistirá con voz pero sin voto el Gerente General. Podrán concurrir también los demás servidores públicos que la Junta Directiva o el Gerente General determinen, cuando las circunstancias lo requieran, y lo harán con voz pero sin voto.

Parágrafo 2°. Las reuniones de la Junta Directiva se harán constar en un Libro de Actas con las firmas del Presidente de la Junta y del Secretario que designe la respectiva Junta Directiva.

Parágrafo 3°. Los Miembros de la Junta Directiva tendrán derecho a honorarios, de acuerdo con la tarifa que fije el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Parágrafo Transitorio. La designación de los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto, con excepción del representante del Presidente de la República, será efectuada por primera vez por el Ministro de la Protección Social, sin que sea necesario solicitar las ternas a que se refiere el presente artículo.

Dichas designaciones tendrán un término máximo de cuatro (4) meses; finalizado el mismo, se procederá a la conformación de la Junta Directiva, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto establezca el Gobierno Nacional, de conformidad con el presente decreto.

55 Los cargos formulados en esa sentencia los resumió la Corporación en el aparte pertinente de la siguiente manera: “los demandantes sostienen que, aún si el Presidente de la República hubiere estado debidamente autorizado para escindir las clínicas y centros ambulatorios del Instituto de Seguros Sociales, no podía incorporar “automáticamente” y “sin solución de continuidad” a los trabajadores oficiales como empleados públicos, pues éstos tenían derecho a que a la terminación de sus contratos de trabajo se les reconociera la indemnización prevista en la convención o contrato colectivo vigente. Estos contratos de trabajo se regían por el Decreto 2351 de 1965, el cual no contemplaba como justa causa de terminación la “escisión”, por lo cual han debido ser indemnizados por despido injustificado.

Como el Decreto demandado no reconoce estos derechos, las expresiones “automáticamente” y “sin solución de continuidad” contenidas en los artículos 17 y 18 (parágrafo transitorio) del mismo violan lo estatuido por los artículos 53 y 55 superiores, relativos a la estabilidad en el empleo y al respeto al derecho de negociación colectiva. La indemnización procedía, afirman, “porque al terminar el vínculo contractual, e iniciarse un nuevo vínculo Legal y reglamentario, los Trabajadores Oficiales afectados pierden su derecho a los beneficios pactados en la Convención Colectiva vigente al momento de la escisión.” Sentencia C-349/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

56 ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño. (Reformado. Acto Legislativo No. 01 de 2004, ART. 1º).

57 Artículo 20. Conformación del patrimonio. El patrimonio de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto estará conformado por:

1. Los bienes muebles e inmuebles del Instituto de Seguros Sociales que se le transfieran como consecuencia de la escisión y que corresponden a los activos que actualmente tiene para el desempeño de las actividades de la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, de las Clínicas y de los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales.
2. Las Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria previstas en el presente decreto.
3. Las donaciones que reciba la Empresa Social del Estado de entidades públicas y privadas, nacionales o internacionales, y de personas naturales.
4. Los demás bienes que adquiriera a cualquier título.
5. Los incrementos patrimoniales.

58 ARTÍCULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

59 Al respecto la Corte recuerda que de acuerdo con el artículo 56 superior “se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el Legislador” al tiempo que establece que la ley reglamentará ese derecho.”.

60 ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.

3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.

4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.

8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.

9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos. “

61 La parte resolutive en los apartes pertinentes señaló “Tercero.- En relación con las normas acusadas del Decreto 1071 de 1999, Decláranse INEXEQUIBLES la expresión “para todos los efectos legales, el servicio público prestado por la DIAN se define como un servicio público esencial “, contenida en el inciso segundo de su artículo 4; e igualmente, decláranse

INEXEQUIBLES los numerales 1º y 2º de su artículo 26. (...)Quinto.- Del Decreto 1072 de 1999:

a) Declárase INEXEQUIBLE la expresión “se define como un servicio público esencial”, contenida en su artículo 1º.(...)”

62 Sobre el particular dijo simplemente la Corte en esa ocasión lo siguiente:

“.5.5. Acorde con lo expuesto, se observa por la Sala que el artículo 79 de la Ley 488 de 1999 delimitó, de manera precisa, el objeto de las facultades extraordinarias que allí se otorgaron al Presidente de la República. Precisamente por ello, se dijo por la Corte en Sentencia C-271 de 8 de marzo del año 2000 (expediente D-2533, magistrado ponente, doctor Fabio Morón Díaz), que “el Gobierno no puede interpretar extensiva ni ampliamente, atribuciones o facultades de esta específica naturaleza, pues con ello se quebranta el principio constitucional según el cual las facultades deben ejercitarse en los estrictos y precisos términos señalados por el legislador”.

3.5.6. Siendo ello así, con claridad absoluta aparece que el artículo 1º del Decreto 1071 de 1999, en cuanto expone en su inciso final que “para todos los efectos legales el servicio público prestado por la DIAN se define como servicio público esencial” y el artículo 1 del Decreto 1072 de 1999, en el cual se incluye nuevamente tal definición, son inexecutable pues, la Ley 488 de 1998 no otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para tal fin, lo que es suficiente para concluir en la inconstitucionalidad de las normas acusadas, sin que la Corte entre, por ahora al análisis material de las mismas.” Sentencia C-725/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

63 Valga recordar los argumentos que fueron finalmente acogidos por la mayoría de la Sala.

“Se observa por la Corte que mediante el artículo 16 de la Ley 790 de 2002, el Congreso de la República confirió al Presidente de la República facultades extraordinarias, por el término de seis meses contados a partir de la fecha de la publicación de esa ley, para que actuara como legislador extraordinario en las materias precisamente indicadas, entre otros en los literales d), e), f) y g) de dicho artículo, es decir para “escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley”; “señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas”; “crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplían las entidades u organismos que se supriman escindan, fusionen o transformen cuando a ello haya lugar”; y “determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas”.

De esta suerte, es claro que el legislador fijó, de manera precisa el contenido de las facultades extraordinarias que otorgó al Presidente de la República para habilitarlo como legislador extraordinario, como quiera que en el mismo artículo 16 de la Ley 790 de 2002, se indicó que tales facultades otorgadas “para renovar la estructura de la Administración Pública Nacional, serán ejercidas con el propósito de racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública o con el objeto de garantizar la sostenibilidad

financiera de la Nación". Es decir, que aquellos asuntos relacionados con la Administración Pública para los cuales no se concedieron esas facultades, quedan necesariamente dentro de la órbita competencial del Congreso de la República, sin que puedan ser objeto de regulación por el Presidente como legislador extraordinario.

Ello significa, entonces, que si el artículo 56 de la Carta Política, de manera expresa señala que "los servicios públicos esenciales" serán "definidos por el legislador", no puede legítimamente el Presidente de la República utilizar facultades extraordinarias que le fueron conferidas para renovar la estructura de la Administración Pública Nacional, para asumir una función que corresponde al Congreso por expreso mandato de la Constitución. Es claro que son dos cosas diferentes que la Ley 100 de 1993 se haya referido a la prestación del servicio de salud como esencial, y que el Decreto 1750 de 2003 extienda esa calificación a las Empresas Sociales del Estado que fueron creadas por este último, pues en este caso no se trata simplemente de una reiteración de definición legal anterior, sino de definir la naturaleza jurídica que corresponde al objeto de tales empresas que no tenían existencia cuando fue expedida la Ley 100 de 1993. En cambio, lo que aparece sin lugar a duda alguna es que el Presidente de la República carece de facultades para establecer que el servicio público que habrán de prestar las siete Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003 es un servicio "esencial", pues para ese efecto no se encuentra habilitado por el artículo 16 de la Ley 790 de 2002, calificación esta que, como es sabido, le compete al legislador de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 56 de la Constitución Política." Sentencia C-559/04 M.P. Alvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra. S.P.V. y A.V. Jaime Araujo Rentarías; S.P.V. Manuel José Cepeda Espinosa; S.P.V. Alvaro Tafur Galvis; A.P.V. Rodrigo Uprimny Yepes; A.V. Clara Inés Vargas Hernández.

64 ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.

9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos. “

65 Sentencia C-559/04 M.P. Alvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra. S.P.V. y A.V. Jaime Araujo Rentarías; S.P.V. Manuel José Cepeda Espinosa; S.P.V. Alvaro Tafur Galvis; A.P.V. Rodrigo Uprimny Yepes; A.V. Clara Inés Vargas Hernández.