Sentencia C-710/05

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustancial de la demanda

COSA JUZGADA MATERIAL-Requisitos

COSA JUZGADA MATERIAL-Sentido amplio y estricto

COSA JUZGADA MATERIAL-Efectos en un fallo de exequibilidad

PRECEDENTE EN SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD-Requisitos para la variación

COSA JUZGADA MATERIAL-No se puede predicar frente a omisiones legislativas

COSA JUZGADA APARENTE-Concepto

COSA JUZGADA RELATIVA IMPLICITA-Concepto

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD INTEGRAL-Alcance

COSA JUZGADA ABSOLUTA-Configuración

COSA JUZGADA ABSOLUTA-Competencia del legislador en materia de seguridad social en salud

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Competencia en definición del régimen de pagos compartidos/COSA JUZGADA MATERIAL-Configuración

Si existe cosa juzgada constitucional absoluta en relación con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 y el contenido normativo de este artículo es igual al del artículo 172, numeral, 7, parcial, es predicable la existencia de cosa juzgada material del segundo de los artículos. Es de anotar que en el presente caso no se da ninguna de las excepciones señaladas en la parte considerativa para que a pesar de existir identidad de contenido normativo no se pueda predicar cosa juzgada material, a saber, la Sentencia C-542/98 no se trató de un fallo de forma sino de fondo; la disposiciones no tienen contenidos normativos semejantes mas dispares; no se ha variado el contexto de aplicación de la norma ni en términos jurisprudenciales –cambio de jurisprudencia de la Corte- ni en términos fácticos; no existen razones poderosas para variar el sentido del fallo inicial en cual el contenido normativo fue declarado exequible; no se analiza la constitucionalidad de una omisión sino de una atribución incorrecta de competencias; y la norma no fue –ni pudo ser- analizada anteriormente bajo la Constitución de 1886, sino la de 1991. En consecuencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional, tomando en consideración la declaratoria de exequiblidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 –a excepción de la expresión “y la antigüedad de afiliación al sistema”-, declarará exequible el artículo 172, numeral 7, en lo relativo a la remisión al artículo 187 en lo referente a las competencias del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en material de definición del régimen de pagos compartidos.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 172, numeral 7, y 187 de la Ley 100 de 1993, y el Acuerdo No 260/04 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

Actora: Karin Irina Kuhfeldt Salazar

Magistrado Ponente :

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C., seis (6) de julio de dos mil cinco (2005)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Doctores Manuel José Cepeda Espinosa – quien la preside -, Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Karin Irina Kuhfeldt Salazar, actuando en su calidad de ciudadana y en su condición de Defensora Delegada para asuntos constitucionales, haciendo uso de los derechos consagrados en el artículo 40, numeral 6 y 95, numeral 7, de la Constitución Política, demandó la inconstitucionalidad de los artículos 172, numeral 7, y 187 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo No 260/04 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Mediante auto del 7 de febrero de 2005, el Magistrado Sustanciador rechazó la demanda presentada contra el Acuerdo No 260/04 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por manifiesta falta de competencia de la Corte Constitucional para conocer de la constitucionalidad de la norma; igualmente, rechazó la demanda contra el artículo 187, en virtud de que en la Sentencia C-542/98, Magistrado Ponente Hernando Herrara Vergara, tal artículo, a excepción del aparte del inciso segundo que señalaba que " y la antigüedad de afiliación en el Sistema"- que se declaró inexequible-, había sido declarado exequible "bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes."

En el mencionado Auto se encontró que, siguiendo los criterios de análisis de cosa juzgada de las sentencia de la Corporación fijados por ésta, frente al artículo se había presentado cosa juzgada absoluta, puesto que no se limitaron los efectos de la Sentencia en la parte resolutiva.

Esta decisión se tomó a pesar de que la actora señalaba que la demanda contra el artículo 187 debía ser admitida, en virtud de que la Sentencia C-542/98 analizó el artículo en mención mas no bajo el cargo de extralimitación de las facultades otorgadas al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en materia de fijación de los elementos de la contribución parafiscal que constituyen los copagos. El Magistrado Sustanciador recordó que sólo cuando el estudio de la constitucionalidad de la norma no se haya surtido, así ésta haya sido

declarada exequible, existirá una cosa juzgada aparente, lo cual no había ocurrido en esta ocasión.

II. DISPOSICIÓN DEMANDADA

Se transcribe el texto del artículo contentivo de la disposición acusada:

“ LEY 100 DE 1993

(diciembre 23)

por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

DECRETA

(…)

ARTICULO 172. Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:

(…)

7. Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente Ley.”

III. LA DEMANDA

En virtud de que la demanda únicamente fue admitida con respecto al artículo 172, numeral 7, sólo se reseñarán los cargos presentados contra esta disposición. No obstante, si los argumentos presentados para solicitar la inexequibilidad del artículo 187 son comunes para este artículo y el 172, numeral 7, éstos también serán relacionados.

La demanda empieza por recordar que la naturaleza de los cobros por conceptos de pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles es la de contribuciones parafiscales, como lo ha afirmado la Corte Constitucional. Según la actora, las contribuciones parafiscales “son gravámenes que se imponen a un determinado sector con el fin de ser reinvertidos en el propio sector como contraprestación de un servicio que se le brinda.” Para respaldar su definición, cita las sentencias C-040/93, C-577/95 y C-575/92, en las cuales la Corte Constitucional se ocupó de desarrollar el concepto de parafiscalidad.

Indica la actora que los pagos compartidos son contribuciones parafiscales, toda vez que se imponen a un determinado sector beneficiario de específicos servicios, excluyendo a los demás individuos, para que este dinero sea reinvertido en el propio servicio, “sea para racionalizar su uso o para contribuir a su financiación.” Lo anterior se respalda en que, según el artículo 187 de la Ley 100, “Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud, aunque el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía." Esto implica que, a pesar de que se consideran recursos de las empresas, no pueden ser destinados a actividades diversas al mismo servicio de salud. Tal posición es totalmente concordante con lo señalado en la Sentencia C-542/98 en la que, expresamente, se calificó a estos recursos como parafiscales.

Una vez establecida la naturaleza parafiscal de los pagos compartidos, recuerda la demandante que la ley que consagre estas contribuciones deberá definir directamente los casos y condiciones en que se aplica, afirmación que soporta en la Sentencia C-253/95. Si esta exigencia es aplicable a la ley cuando ésta desarrolla el tributo, más lo es cuando delega su competencia en una autoridad administrativa.

Recuerda la actora que, según el artículo 338 constitucional, el congreso debe fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos, las bases gravables, y tarifas de los impuestos y agrega que si bien la ley puede permitir que las autoridades fijen la tarifa de tasas y contribuciones, el sistema y método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto deben fijarse por ley.

Señala la demandante que, según la Sentencia C-530/00, el hecho de que la ley no pueda delegar el establecimiento de estos factores evita el manejo arbitrario de la potestad tributaria derivada; se requiere, según la mencionada sentencia, que se fijen pautas técnicas de valoración de los factores de costos y distribuciones de los mismos a cargo de los usuarios. Por otra parte, según la Sentencia C-577/95, la facultad otorgada a la administración no puede ser discrecional, sino guiada por un método y sistema fijados en ley. Termina la demandante señalando que "el alcance de la habilitación excepcional no puede ir más allá de otorgar a la administración la facultad de fijar la tarifa y ajustar el monto del tributo según los criterios que determine el Legislador, pero no cualesquiera criterios, sino aquellos que sean idóneos y conducentes a la configuración de un sistema y un método (…)".

Lo señalado por el constituyente en el artículo 338 se compagina con lo indicado en el artículo 49 constitucional según el cual corresponde al Estado, en materia del sistema general de seguridad social en salud, determinar los aportes a cargo de la Nación, las entidades territoriales y los particulares en los términos y condiciones señalados en la ley.

Teniendo como presupuesto los anteriores mandatos constitucionales en materia tributaria, para la actora, el artículo 172, numeral 7, desconoció los parámetros constitucionales, toda vez que no fijó los términos condiciones y método para definir los costos y beneficios con base en los cuales se debe establecer el valor de las contribuciones parafiscales constituidas por los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles.

De otra parte indica que si bien el artículo 187 de la Ley 100 señala que "En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre, tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y la antigüedad de afiliación en el sistema según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.", en criterio de la demandante estos lineamientos no configuran unos parámetros

suficientes como para afirmar que el legislador sí determinó en la ley el sistema y método para la fijación del tributo. En términos de la demandante, “la estratificación socioeconómica o del nivel socioeconómico, resulta ciertamente insuficiente para establecer parámetros límites, de razonablidad y proporcionalidad, que lleven al convencimiento suficiente acerca de que las tarifas establecidas se ajustan a los criterios legales. De esta manera sólo es viable establecer parámetros de confrontación al interior de la estructura; es decir, podría afirmarse con fundamento en la comparación entre los estratos si existe proporcionalidad respecto del impacto que puede ocasionar el cobro de las sumas impuestas en cada uno de ellos, pero no sería posible un juicio de razonabilidad con la totalidad, porque no existen las bases para establecer si la imposición de las sumas decretadas se ajustan a un parámetro que englobe a todos los estratos o categorías sobre los cuales se impone.

(…)

El parágrafo del artículo 187 demandado dispone que las “normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

En este punto la ley se limita a deferir en un organismo subordinado de la administración la regulación de los aspectos enunciados en ella, sin establecer criterios o parámetros a los cuales deba sujetarse para el desarrollo de los aspectos puntuales de la norma y, menos aún, para la determinación de los montos que podrán ser cobrados a los cotizantes y beneficiarios del sistema.”

En criterio de la actora, el artículo 187 termina delegando en el Gobierno la definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables los pagos moderadores, materias que no podía ser objeto de delegación. Además, la imposición de un obligación negativa, cual es el hecho de que los copagos no se puedan convertir en un obstáculo para el acceso al servicio de salud, no puede estimarse como un sistema fijado por la ley.

Agrega que lo único que se puede tener como criterio orientador para la determinación de los pagos moderadores está en el inciso segundo del artículo 187 según el cual los copagos “serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica”. Sin embargo, este criterio no es suficiente para que se pueda afirmar que existe un método fijado por ley. Este criterio de la estratificación socioeconómica no constituye un sistema porque no da parámetros para fijar un techo o tarifa máxima que se pueda fijar con base en los niveles socioeconómicos.

A lo anterior añade que existe una divergencia nominal de la única pauta fijada para la determinación de los copagos, puesto que en el parágrafo del artículo 187 se refieren a estratificación económica, mientras el parágrafo menciona el nivel socioeconómico. Diferencia que es trascendente en la medida en que a cada uno de estos conceptos se les ha dado un contenido diferente. Señala la actora que la estratificación económica tiene que ver con las características físicas de las viviendas y su entorno, mientras que el criterio de nivel socioeconómico está relacionado con el nivel de ingresos del trabajador.

Por su parte, el artículo 172, 7, le fija la competencia al Consejo Nacional de Seguridad Social de “definir el régimen” de los pagos compartidos, lo que, como se vio, sin existir la determinación de un sistema por parte de ningún artículo de la Ley 100, se constituye en una extralimitación de las facultades de la administración. La función del Consejo no podría ir más allá de fijar la tarifa de los pagos compartidos basado en las condiciones de ley.

De lo anteriormente expuesto, la actora deduce que al no haber fijado el legislador el sistema o método incurrió en una omisión legislativa relativa, toda vez que no dio cabal cumplimiento a sus funciones señaladas en la Constitución. De esta omisión legislativa se deriva la violación al principio de legalidad del tributo.

De otro lado, la demandante resalta que dentro de la misma Ley 100, a diferencia de lo que ocurre con los pagos compartidos, se fijó el sistema y método para la determinación de los aportes obligatorios en salud, artículo 204. La Corte Constitucional en la Sentencia C-577/95 encontró exequible la disposición pues juzgó que sí cumplía con los límites de delegación de facultades tributarias establecidos por la Constitución. Esto no sucede, en criterio de la actora, con el artículo 172, 7.

Indica la actora que los pagos moderadores en el régimen de salud de las fuerzas militares y de policía, desarrollados en la Ley 352 de 1997, artículo 36, por carecer de los elementos indispensables para poder ser fijados por una autoridad administrativa, Consejo de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y de Policía, fueron declarados inexequibles en la Sentencia C-089/98. Por asemejarse la disposición en sus vacíos a la ahora acusada ésta debe ser declarada inexequible.

Por otra parte, el artículo cuestionado también desconoce el 48 constitucional según el cual la seguridad social se deberá prestar bajo dirección y control del Estado, en los términos que establezca la ley. Si el Congreso no fija los elementos para que el Estado desarrolle esta actividad no se dan los supuestos para que se ponga en marcha debidamente el servicio de seguridad social.

De otro lado, la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social, artículo 48, también se vulnera, pues al fijar una facultad sin límites o condiciones da pie a que ciudadanos que están cotizando se vean obligados a cancelar altas y crecientes sumas adicionarles por atención médica, llegándose a ver limitados en el uso del servicio. Para demostrar que los pagos compartidos han aumentado en una forma que, en criterio de la actora, impide el acceso universal a la atención en salud, transcribe unas estadísticas del incremento de tales pagos en Compensar y el Seguro Social entre 2000 y 2004; a esto añade la mención de las quejas recibidas por la Defensoría del Pueblo, provenientes de los usuarios.

IV. LAS INTERVENCIONES

1. Intervención de la Superintendencia Nacional de Salud

En representación de la Superintendencia Nacional de Salud, intervino Juan Fernando Romero Tobón, en cuyo criterio el aparte de la disposición demandada debe ser declarado exequible.

En parecer del interviniente, la Ley sí desarrolla un parámetro dentro del cual se deben fijar los pagos compartidos. Éste es el de capacidad de pago que se plasma en el concepto de estratificación económica. Indica que, como lo señaló la Corte en la Sentencia C-482/96, para hallar los postulados básicos que gobiernan el sistema de seguridad social no es necesario que se incluyan las expresiones "sistemas y métodos". De otra parte, en la Sentencia C-542/98 la Corte encontró que la estratificación era un criterio válido, sin pasar por alto el carácter parafiscal de los pagos compartidos.

Para la Superintendencia, los copagos están guiados por los siguientes lineamientos: principios generales del Sistema General de Seguridad Social en Salud que asocian contribución o aporte con capacidad de pago –solidaridad y equidad (artículos 2 y 153, numeral 1, de la Ley 100)-, racionalidad tanto en la versión del uso del sistema como en la de relación de costos y estratificación económica lo anterior guiado por el criterio de que estos pagos no pueden constituirse en barrera para el acceso a la salud.

De otro lado sostiene el interviniente que si bien el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud es un órgano asesor, la Sentencia C-577/95 aceptó que éste expidiera regulaciones en aspectos desarrollados por la Ley 100; en esa ocasión sobre el monto de cotización.

Por último, agrega que la Superintendencia conoce de las quejas que se han presentado con relación a los copagos y está adelantando las investigaciones administrativas respectivas. No obstante, esto no implica que la norma devenga inconstitucional.

2. Intervención del Ministerio de la Protección Social

En nombre del Ministerio intervino Fanny Suárez Higuera, quien solicitó que la norma fuera declarada exequible.

Inicia la intervención recordando que tanto en la Sentencia SU-480/97, como en la C-542/98 y la C-1707/01 la Corte dejó claro que los pagos compartidos tenían carácter de contribuciones parafiscales.

Pasa a analizar la naturaleza del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. De este organismo destaca que ocupa el lugar más alto dentro de la Dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, tiene autonomía y dentro de ésta fija los acuerdos, con base en las atribuciones dadas por la Ley, los que tienen carácter general y obligatorio, lo cual fue corroborado por la Sentencia C-577/95.

Por otra parte, señala que, puesto que las sentencia C-577/95 y C-542/98, que declaró exequible el artículo 187, ya precisaron y avalaron la autonomía del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en la determinación de las normas, operó la cosa juzgada constitucional. Así las cosas, no se puede acoger el argumento según el cual el artículo 172, 7, consagra una facultad que excede las competencias que puede tener el Consejo, más aún si en la ley se fijaron los límites y condiciones para ajustar las atribuciones de éste a la Constitución.

Concluye señalando que, de la estrecha relación entre el artículo 172, numeral 7, y el 187 de la Ley 100, por unidad normativa, se hace necesario declarar el primero exequible.

3. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Paula Marcela Cardona Ruiz, en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicitó se declarara la exequibilidad de la disposición acusada.

Empieza señalando que la finalidad de los copagos es racionalizar el uso de los servicios de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no restringiendo su utilización, pero sí buscando una compensación en la medida en que el que utiliza más servicios asume más costos. La pertenencia de estos copagos al SGSSS, en virtud de su carácter parafiscal, ha sido señalada en las sentencia C-542/98 y C-1707/01. En consecuencia, "su régimen debe ser fijado (…) atendiendo criterios de financiación y de sostenibilidad del SGSSS, en tanto están llamados a financiar la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, observando siempre los lineamientos de la Corte en cuanto a que no constituyan barreras de acceso".

Anota el Ministerio que cuando el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determina la tarifa de las cuotas moderadoras y copagos, como forma de complementación de la financiación del POS, tiene en cuenta la Ley 100, especialmente en su artículo 187, y, en forma prevalente, los artículos 1, 48 y 49 C.P., junto con los principios de eficiencia, integralidad, sostenibilidad y solidaridad que deben regir la Seguridad Social.

De otro lado, indica que no sería viable la declaratoria de inexequibilidad del artículo 172, 7, de la Ley 100. Lo anterior, puesto que el artículo 187, ya declarado exequible, y el numeral 7, ahora cuestionado, contienen una norma altamente semejante. Dice el primero los pagos moderadores "(…) serán definidos por el Gobierno Nacional previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud." y el segundo indica dentro de las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud el "definir el régimen de pagos compartidos (…)". Así las cosas, la materia objeto de análisis constitucional en las dos normas es la misma.

En la Sentencia C-577/95 la Corte señaló que el CNSSS es autónomo, dentro del marco constitucional y legal, para cumplir con las funciones que le asigna la Ley 100, sin requerir de aval del Gobierno. La Sentencia mencionada consideró que era el CNSSS quien podía definir los pagos compartidos.

De esto el Ministerio deduce: "a. Que la Corte Constitucional estudió la facultad del Consejo Nacional de Seguridad Social para determinar el régimen de copagos y cuotas moderadoras.

b. Que la facultad otorgada por (sic) al CNSSS por el Legislador en la Ley 100 de 1993 se ajusta a la Constitución Política.

c. Que la exequibilidad del artículo 187 es absoluta (…)"

Al tener un contenido normativo idéntico al del artículo 187, sobre el numeral 7 del artículo 172 opera también cosa juzgada y no resulta procedente adelantar un estudio nuevo sobre la función del CNSSS.

4. Concepto del Instituto Colombiano de Derecho Tributario

En consideración del Instituto, con ponencia de Carlos A. Ramírez Guerrero, la norma debe ser declarada exequible, pues, primero, en los actos acusado no existe omisión legislativa, pues lo que hacen las normas acusadas es atribuir una competencia al CNSSS, y esa acción de otorgación de competencia puede ser correcta o incorrecta pero no ser una omisión.

Segundo, toda vez que los pagos moderadores no son contribuciones parafiscales "partiendo de que [tales pagos] tienen naturaleza retributiva; que se exigen a toda persona que solicite los servicios, no a un determinado sector, mucho menos sector económico; en lo que se diferencian de las contribuciones parafiscales propiamente dichas; [y] que tienen como propósito evitar que se abuse del derecho a solicitar que se presten los servicios (…); recursos que aunque acrecen y están al lado ("para") de los que se recaudan por concepto de cotizaciones o aportes permanente, periódicos y obligatorios de los afiliados al sistema de salud, tienen causa y contraprestación diferentes de las de éstos, pues solicitar un servicio es distinto de utilizarlo (…)"

Indica el Instituto que debido a que la exigencia de estos pagos busca impedir el abuso de solicitar servicios innecesarios, el monto de éstos depende del volumen y calidad de la demanda y del grado de morbilidad de la población, circunstancias que hacen imposible que el legislador señale directamente las retribuciones, pues tales aspectos son muy cambiantes. En esa medida, es legítimo que se designe a un organismo gubernamental para que señale la retribución. Como la Corte reconoció en la Sentencia C-032/05, el Consejo es idóneo para el conocimiento de esos cambios y el señalamiento de la pautas para fijar los pagos moderadores.

Salvó el voto el Dr. Fernando Carreño Varela para quien las cuotas moderadoras no dejan de ser aportes parafiscales por servir para frenar la utilización inadecuada del sistema, toda vez que su objeto es proteger el sistema en su conjunto. Teniendo en cuenta que sí tienen naturaleza tributaria, señala el salvamento que el artículo 187 acusado no determina los aportes a cargo del Estado como lo prescribe el artículo 49 constitucional, estableciendo, según el 338 constitucional, los sujetos de la obligación tributaria y el hecho gravable. Sólo existe el deseo de que no se abuse del sistema sin fijación de sistema o método; apenas trayendo a colación la capacidad de pago. De su lado, el artículo 172, 7, delega la fijación de esos elementos al CNSSS, incurriendo así en el mismo vicio.

5. Intervención de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral

La mencionada asociación, a través de su Vicepresidente jurídica, Ana Cecilia Santos Acevedo, presentó intervención de manera extemporánea. En ésta solicita se declare la exequibilidad de la disposición demandada, puesto que de la Ley 100 se deduce el sistema y el método para establecer los pagos compartidos, así como la forma de hacer el reparto de los mismos.

Partiendo de que frente al desarrollo jurisprudencial de la Corte no cabe duda acerca de la naturaleza de contribuciones parafiscales que tienen los pagos compartidos, indica la interviniente que la Ley 100 de 1993 define los costos a cobrar.

En este orden de ideas, la Ley 100 señala que el objeto de los pagos moderadores es racionalizar el uso del servicio, en el caso de cotizantes, y ayudar a financiar el sistema, en el

caso tanto de cotizantes como beneficiarios. La Ley no puede definir de forma directa el costo pues el contenido de los derechos prestacionales a satisfacer es definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

En lo relativo a pagos compartidos, señalados en el artículo artículo 164 de la Ley 100, el costo a cobrar es una parte de la prestación de los servicios de alto costo, cuando no se han cumplido los periodos mínimos de cotización. En efecto, la Sentencia C-112/98 así lo confirmó al señalar que la suma a cobrar equivaldría al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los periodos mínimos contemplados en el artículo 164.

De otra parte, indica la interviniente que en materia del Sistema de Seguridad Social en Salud, "no resulta conveniente fijar las tarifas en normas de carácter legal, dado que los costos a cobrar dependerán en primera instancia, del mayor o menor grado de su cobertura prestacional, la cual es definida por una autoridad administrativa como lo es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud" Agrega que, según lo señalado en la Sentencia C-577/95, la determinación legal del sistema y método para definir el costo de un servicio únicamente puede juzgarse en cada caso, teniendo en cuenta las características particulares del servicio que se presta.

Así las cosas, la metodología en el caso bajo estudio tiene un nivel de especificidad adecuado para el cobro de los costos de los servicios del sistema que el legislador no está en capacidad de determinar "dado que las necesidades del mismo SGSSS y los recursos para su financiación, determinan el mayor o menor grado de cobertura, lo cual repercute directamente en el costo a cobrar a través de las contribuciones objeto del análisis en la presente demanda"

Como factores señalados por la Ley 100 para la fijación de la tarifa (sistema), cita la interviniente (i) el hecho de que los pagos moderadores no puedan convertirse en barreras de acceso a los más pobres, (ii) el factor consistente en que si el usuario está en incapacidad de pagarlos por falta de recursos económicos no se puede negar la atención sin perjuicio de los cobros posteriores –criterio surgido de la Sentencia C-542/98-, (iii) el que no se pueda tener en cuenta para la fijación de la tarifa la antigüedad de afiliación en el sistema, toda vez que este factor fue declarado inexequible en la Sentencia C-542/98, (iv) el elemento consistente en el límite fijado en el artículo 9 de la Ley 100 según el cual los recursos sufragados deben destinarse únicamente a sufragar los costos del sistema –destinación fijada por la Sentencia anteriormente mencionada-, pudiéndose reservar parte de los recursos a la Subcuenta de Promoción de la Salud del Fosyga.

En lo relativo a la metodología para determinar los costos de los copagos se encuentra el método para fijar los costos del sistema, puesto que los costos a cobrar se causan en la prestación del servicio ofrecido1.

Con relación a los pagos exigidos en el artículo 164 de la Ley 100 señala la intervención que la Corte al estudiarlos señaló criterios específicos relativos al sistema y el método para fijar sus tarifas. Dijo que la Corte que para contabilizar los periodos de carencia es necesario considerar el tiempo de vinculación al sistema y no el de afiliación a una EPS, ya sea como cotizante o como beneficiario.

Otro criterio para fijar las tarifas ha sido el de que las EPS no pueden deducir las enfermedades sobre las cuales se aplicarán las contribuciones, es decir, cuáles son las enfermedades de alto costo. Igualmente, constituye criterio para fijar la tarifa de las contribuciones para el acceso a tratamientos de alto costo antes de cumplir los periodos de cotización exigidos –a la cual se refiere el artículo demandado por remisión hecha al artículo 164 de la Ley 100- el hecho de que se pagará el porcentaje en semanas que le falte a quien padece de la enfermedad para cumplir los periodos, a menor que se trate de la atención de una urgencia. Lo anterior, de acuerdo con la Sentencia C-112/98. En esta medida, la metodología para los casos de periodos de carencia no va más allá de una operación matemática básica. La tarifa es inversamente proporcional a los periodos cotizados.

De otra parte, señala que el artículo 182 establece los criterios para fijar la Unidad de Pago por Capitación al indicar que ésta será definida por el CNSSS "en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad tecnología y hotelería"

A todo lo anterior se añade el principio de integralidad, señalado en el artículo 1º de la Ley 100, que implica que cada cual contribuye con base en su capacidad, traído a colación por la Sentencia C-112/98 a propósito de las contribuciones del artículo 164 ya citado, pero, según la interviniente, igualmente aplicable a las consagradas en el 187.

En lo relativo a la forma de hacer el reparto mencionada en el artículo 338 constitucional, la interviniente indica que, a la luz de la Sentencia C-577/95, esta forma no se refiere a la distribución de lo recaudado por las contribuciones parafiscales en cuestión, "sino a la forma de hacer el reparto de los costos que se quieren obtener al fijar la tarifa.", según lo señalado en la Sentencia C-577/95. En el caso de los pagos por servicios sometidos a periodos de espera, artículo 164, debe realizarlos quien use el servicio, de acuerdo con su capacidad socioeconómica. De otro lado, los pagos moderadores, según el artículo 187, se harán observando la estratificación socioeconómica y el propósito del respectivo pago.

Frente al cargo de la demanda consistente en que los criterios de estratificación socioeconómica o nivel socioeconómico no satisfacen los requisitos del artículo 338 en cuanto a la fijación del sistema y método, aduce la interviniente que la misma Corte en la Sentencia C-542/98 determinó que la estratificación socioeconómica de la afiliación garantiza el derecho a la salud y a la protección a la vida.2 En este orden de ideas, no es atendible el argumento de la demandante según el cual dentro de un mismo nivel de ingreso se debe ir más allá para analizar el impacto sobre los ingresos familiares. Esto es altamente complejo y, de ser así, igual análisis se debería predicar para el pago de la cotización, lo cual se tornaría inmanejable.

Añade que la citación de la Sentencia C-089/98 como precedente a seguir en el caso bajo estudio es imprecisa, puesto que en esa ocasión la razón para que la norma que delegaba a una entidad semejante al CNSSS la fijación de las tarifas de pagos compartidos en el sistema de salud de las fuerzas militares no fue la vulneración del artículo 338, inciso 2º.

De otro lado, indica que la cofinanciación proveniente de las cuotas moderadoras y los copagos es importante para garantizar que se financien adecuadamente los contenidos del POS. Este recaudo asciende al 4.7% de los ingresos operacionales de las EPS vinculadas a

Acemi, es decir, casi el 5% de financiación del POS; 3.11% por cuotas moderadoras y 1.66% por copagos. Indica que de no tener este ingreso el CNSSS se vería obligado a excluir ciertos medicamentos del POS para garantizar el equilibrio financiero.

Por último, solicita que de no ser declarada exequible la disposición demandada los efectos del fallo se difieran en el tiempo hasta que se expida la ley que respete las exigencias constitucionales.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, considera que la Corte debe declarar inexequible el numeral 7 del artículo 172 de la Ley 100.

Para comenzar, afirma la Vista Fiscal que la Corte ya dejó claro, en la Sentencia C-542/98, que la naturaleza de los pagos moderadores es la de contribuciones parafiscales.

Después de recordar que la fijación de un sistema y método para que la administración pueda ejercer la delegación de fijación de las tarifas implica la determinación de pautas técnicas encaminadas a la previa definición de los criterios que tienen relevancia (método) y la fijación de las formas específicas de medición económica, valoración y ponderación de los factores que convergen a esa determinación (sistema), de acuerdo con la Sentencia C-455/94, señala que en las normas acusadas el legislador no delegó la fijación del monto, lo cual sería útil para ajustar el cobro a las necesidades, sino delegó por completo la facultad impositiva en la administración.

Para la Vista Fiscal, si bien en la sentencia C-155/03 la Corte señaló que los términos sistema y métodos debían interpretarse en sentido amplio, siendo los parámetros constitucionales los limitantes de la actuación del gobierno, en las normas acusadas hay ausencia de criterios. Ni la capacidad de pago ni la finalidad de racionalización del uso del sistema son parámetros suficientes, como lo ha señalado la Corte, abordando otras disposiciones, en las sentencias C-455/94, C-545/94, C-816/99 y C-243/05. Además, las normas acusadas no determinan los criterios de distribución de los aportes recaudados, pues únicamente le “permiten” al CNSSS destinar parte de los aportes a la subcuenta de promoción de la salud del FOSYGA.

Con la falta de precisión de la destinación de los recursos se desconocen los artículos 49 y 338 constitucionales, puesto que el primero exige que los recursos del sistema se destinen únicamente a la financiación de éste y el segundo prescribe que la ley no sólo debe fijar sistema y método, sino los beneficios y la forma de hacer su reparto. Cuando se da únicamente la “posibilidad” de dirigir los fondos al FOSYGA, se permite por la ley que los copagos se conviertan en recursos de las EPS, y no se dirijan al complemento de la financiación del POS y al mejoramiento de los servicios a favor de los usuarios, fines establecidos en la Sentencia C-542/98 que previó que los recursos se deberían destinar a la financiación y el mejoramiento del sistema.

De otro lado indica que no es la administración, como lo permite la ley, sino el mismo legislador quien debe fijar la distribución exacta de los recaudos entre las EPS y el FOSYGA, puesto que los recursos son de destinación específica.

Agrega, por último, que la falta de definición de los casos y condiciones en que se aplica la contribución parafiscal ha permitido que no se cobre con el fin de racionalizar el uso de los servicios, sino que se exija su pago siempre, no observando el número de veces que se usa el servicio. Es decir, opera la presunción de abuso del servicio.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para resolver sobre la constitucionalidad del artículo demandado, ya que éste hace parte de una ley de la República.

2. Ineptitud sustancial de la demanda –parcial-

La Sala Plena evidencia que se presenta una ineptitud sustancial de la demanda contra el artículo 172, numeral 7, de la Ley 100 de 1993, de carácter parcial, como a continuación se expone.

El artículo 172, numeral 7, demandado señala:

“ARTICULO 172. Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:

(…)

7. Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente Ley.”

La Corte observa que si bien la demanda de la ciudadana Karin Irina Kufeldt Salazar recae sobre el artículo 172, numeral 7 de la Ley 100 de 1993, los cargos únicamente están dirigidos a la competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en lo relativo a la fijación de pagos moderadores que pretenden racionalizar el uso del sistema y complementar la financiación del POS, es decir, a la competencia del CNSSS relativa al contenido del artículo 187 de la Ley 100.

Lo mismo sucede con la definición del régimen de pagos compartidos que trata el artículo 160, numeral 3, toda vez que éste hace referencia, en términos genéricos, a los pagos obligatorios a que haya lugar, es decir comprende más allá de los pagos a los cuáles hace referencia la demanda, por ejemplo, los relativos a los usuarios que no reúnen el número mínimo de semanas cotizadas requeridas, al cual ya se hizo mención. Por no estar dirigida la demanda en términos genéricos, tampoco se puede tener como demandado un artículo que cubre todo tipo de pagos obligatorios.

Al no haber suficiencia en la demanda con respecto al cuestionamiento de constitucionalidad del artículo 170, numeral 7, en lo relativo a los artículos 160, numeral 3, y 164, la Corte se inhibirá para fallar sobre éstos y únicamente entrará a estudiar la constitucionalidad del artículo 170 en relación con la competencia del CNSSS para definir el régimen de pagos compartidos de que trata el artículo 187 de la Ley 100.

3. Análisis de la existencia de cosa juzgada material del artículo 172, numeral 7

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público indica que no sería viable la declaratoria de inexequibilidad del artículo 172, 7, de la Ley 100. Lo anterior, puesto que el artículo 187, ya declarado exequible, y el numeral 7, ahora cuestionado, contienen una norma altamente semejante. Dice el primero: los pagos moderadores "(…) serán definidos por el Gobierno Nacional previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud." y el segundo indica dentro de las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud el "definir el régimen de pagos compartidos (…)". Así las cosas, la materia objeto de análisis constitucional en las dos normas es la misma.

En criterio del Ministerio, al tener un contenido normativo idéntico al del artículo 187, sobre el numeral 7 del artículo 172 opera también cosa juzgada y no resulta procedente adelantar un estudio nuevo sobre la función del CNSSS.

De otra parte, el Ministerio de la Protección Social afirma que de la estrecha relación entre el artículo 172, numeral 7, y el 187 de la Ley 100, por unidad normativa, se hace necesario declarar el primero exequible.

La Sala encuentra que si bien tal solicitud es imprecisa, toda vez que no se puede integrar una unidad normativa cuando frente a una de las normas existe una cosa juzgada absoluta -como en el caso del artículo 187, por disposición de la Sentencia C-542/98-, de tal pretensión se deriva la necesidad de estudiar la existencia de cosa juzgada material, debido a la estrecha relación entre una y otra disposición.

Así las cosas, atendiendo las observaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social, la Corte entrará a analizar si existe cosa juzgada material del artículo 172, numeral 7, parcial, frente al artículo 187 y, en consecuencia, se debe declarar la exequibilidad del mencionado numeral.

Antes de entrar a analizar la existencia de cosa juzgada material, la Sala recuerda que en la demanda no se presentaron cargos contra algunos apartes del numeral 7, a saber, en lo relativo a los artículos 160, numeral 3, y 164. Por tanto, únicamente se entrará a estudiar si existe cosa juzgada material frente al aparte que se refiere al artículo 187.

Para realizar el mencionado análisis, la Sala (i) estudiará los requisitos jurisprudenciales para la existencia de la cosa juzgada material, y (ii) juzgará si frente al mencionado aparte del numeral 7 del artículo 172 se ha surtido cosa juzgada material.

(i) Presupuestos de existencia de la Cosa Juzgada Material

– Esta Corte ha sostenido que la cosa juzgada material se presenta "cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica y tiene lugar cuando la decisión constitucional resuelve el fondo del asunto objeto de su juicio que ha sido suscitado por el contenido normativo de un precepto."3 Precisando el alcance de la expresión contenido normativo idéntico, ha dicho la Corporación que esto implica que los efectos jurídicos de las

normas sean exactamente los mismos.”4

De otra parte, puntualizando el horizonte de la cosa juzgada material, esta Corte ha dicho que cuando ciertos apartes han sido expresamente excluidos del fallo no cabe predicar con posterioridad la cosa juzgada material respecto de éstos. Señaló la Corporación “No cabe predicar la existencia de cosa juzgada material frente a contenidos normativos que de manera expresa fueron excluidos del fallo de la Corte, respecto de los cuales la misma Corporación conceptuó que no conforman unidad lógica con las normas objeto del fallo de inconstitucionalidad y en relación con los cuales se afirma la posibilidad de adelantar un diferente análisis en torno a su constitucionalidad.”5 Además, la Corte ha precisado que es a esta Corporación a quien de manera exclusiva le corresponde declarar la cosa juzgada material, y no a entidades que vía interpretativa consideren que este fenómeno jurídico se presentó6.

– Por otro lado, ha considerado la Corte que el fenómeno de la cosa juzgada material es predicable tanto de fallos que han declarado inexequibles los alcances normativos que posteriormente son reproducidas por el legislador como de fallos que han encontrado exequibles contenidos normativos que luego son reproducidos. La Corporación ha sido enfática en el respeto que, en principio, merecen los fallos de exequibilidad en el campo de la cosa juzgada material, al respecto, en los comienzos de la jurisprudencia se señaló:

“Sólo olvidando los presupuestos sobre los cuales se asienta la cosa juzgada y cayendo en el absurdo cabe sostener que la reproducción material del acto jurídico declarado exequible no está cobijado por la cosa juzgada y podría ser declarado inexequible, de instaurarse una nueva demanda. En este último caso, el contenido material del acto jurídico declarado inexequible no podría en el futuro ser reproducido. En este escenario hipotético sólo los fallos de inexequibilidad serían definitivos. Esta conclusión contradice abiertamente la Constitución que otorga a todas las sentencias de la Corte Constitucional el valor de la cosa juzgada: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada” (C.P art. 243). Los juicios que pronuncia la Corte tienen valor y fuerza porque la Corte los pronuncia y no porque sean positivos o negativos. No puede, pues, pensarse que las sentencias de inexequibilidad tengan mayor fuerza y sean más definitivas que las sentencias de exequibilidad. Ambas despliegan idéntica eficacia, son igualmente definitivas y comprenden tanto la fuente como el contenido material del acto.”7

Realizado este breve esbozo de la cosa juzgada material, a continuación se profundizará, con ayuda de ejemplos, en algunos elementos de (1) existencia y (2) inexistencia de cosa juzgada material8. (3) Posteriormente, se enfatizará y precisará la necesidad de existencia de cosa jugada absoluta de la disposición en virtud de la cual es posible predicar cosa juzgada material

(1) Existencia de cosa juzgada material frente a normas declaradas exequibles

1.1. Como regla general, frente a los fallos de exequibilidad se puede predicar cosa juzgada material si, después de que éstos son proferidos, se analiza la constitucionalidad de una disposición con igual alcance normativo. Dijo la Corte en la Sentencia C-458/02, M.P. Jaime Araujo Rentaría: “existe una diferencia entre actos jurídicos inexequibles y actos jurídicos exequibles. Pues, mientras los primeros no pueden ser reproducidos ni textual, ni

materialmente; por su parte los segundos sí pueden ser reproducidos, aunque, si se demanda un acto en el que esté determinada su identidad textual o material para con otro que fue objeto de sentencia declaratoria de exequibilidad, lo procedente es una sentencia que declare la cosa juzgada. Es así como el fenómeno de la cosa juzgada material abarca las decisiones tanto negativas como positivas relacionadas con el contenido sustancial de una determinada disposición jurídica."9 En la mencionada sentencia se declaró la cosa juzgada material de la norma demandada, puesto que una de igual alcance prescriptivo había sido declarada exequible previamente.

1.2. La cosa juzgada material frente a contenidos normativos declarados exequibles está estrechamente relacionada con la presunción de control integral por parte de la Corte Constitucional; así, en la Sentencia C-310/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la cual se declaró la cosa juzgada material de la norma acusada pues anteriormente una de igual alcance jurídico había sido declarada exequible, se señaló: "en lo que guarda relación con la proposición jurídica acusada, ha hecho tránsito la presunción de control integral, "en virtud de la cual habrá de entenderse, si la Corte no ha señalado lo contrario, que la adopción de una decisión ha sido precedida por un análisis de la disposición acusada frente a la totalidad del texto constitucional, y que, por lo mismo, la providencia se encuentra amparada por la cosa juzgada [material] absoluta".10"

1.3. De otra parte, en la Sentencia C-394/02, M.P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte, sin entrar a analizar los cargos bajo los cuales había sido declarada exequible condicionadamente una disposición materialmente igual a la en ese momento demandada –simplemente constatando la identidad normativa-, consideró que era predicable el fenómeno de cosa juzgada material. Por tal motivo, se estuvo a lo resuelto.

(2) Inexistencia de cosa juzgada material:

En ocasiones si bien a primera vista pareciese existir cosa juzgada material, algunas particularidades de la norma demandada en relación con la ya juzgada hacen que tal fenómeno jurídico no se presente.

2.1. Por ejemplo, es necesario para que se pueda predicar cosa juzgada material que la norma que es de igual alcance prescriptito que la ya acusada haya sido abordada en su constitucionalidad por vicios de fondo y no exclusivamente de forma. En la Sentencia C-1114/03 se señaló que no se podía declarar la cosa juzgada material frente a una norma que había reproducido el contenido de una que anteriormente había sido declarada inexequible, toda vez que tal declaratoria se había dado por un vicio de falta de unidad de materia. Así las cosas, el legislador sí podía reproducir la disposición que había salido del ordenamiento jurídico, siempre y cuando no incurriera en los mismos vicios en su formación.

En complemento de lo anterior, se ha señalado que para que exista cosa juzgada material, si bien es importante que el juicio de constitucionalidad no se haya adelantado únicamente por razones de forma, las razones por las cuales la Corte llegó a su decisión no son totalmente determinantes para que se presente la cosa juzgada, en caso de que se haya hecho un análisis de fondo. Ha señalado la Corporación: "La existencia de la cosa juzgada material en sentido estricto no depende de las razones concretas que llevaron a la Corte a declarar la

inexequibilidad de la norma, con tal que se trate de razones de fondo y no de motivos relativos a vicios de forma."11 Esto no obsta para que las razones por las cuales se declaró la inexquibilidad de una disposición sean atendidas por el legislador en su actuación futura.

2.2. De otra parte, pero relacionado con el párrafo precedentes se ha encontrado que la identidad de problema jurídico derivado del cargo presentado –del cual se deriva el problema jurídico- no es lo que determina la existencia de cosa juzgada material. En este sentido, la Corte ha aseverado que "la cosa juzgada material se proyecta sobre los contenidos normativos estudiados, sin que esto signifique que deba existir semejanza o coincidencia entre el problema jurídico propuesto y el que fue objeto de pronunciamiento en la decisión precedente.

En relación con la cosa juzgada material, en sentencia C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, señaló:

"el fenómeno de la cosa juzgada material opera, así, respecto de los contenidos específicos de una norma jurídica, y no respecto de la semejanza del problema jurídico planteado en la demanda con el ya decidido en un fallo anterior""12

2.3. Por otro lado, no se presenta cosa juzgada material cuando las normas tienen contenidos dispares en su alcance por ser una más abstracta o genérica que la otra. En la Sentencia C-040/03, M.P. Clara Inés Vargas, la Corte encontró que la disposición acusada no tenía idéntico texto ni alcance normativo que una anteriormente analizada, puesto que la ya analizada tenía un mandato mucho más genérico, amplio y abstracto que la ahora cuestionada. Señaló la Corporación "La Corte considera que respecto del inciso segundo del artículo 131 de la Ley 600 de 2000, que ahora se demanda, no se ha configurado la cosa juzgada constitucional en sentido material, puesto que tal disposición no reproduce el contenido normativo del inciso segundo del artículo 148 del Decreto 2700 de 1991-anterior Código de Procedimiento Penal-, declarado exequible en la Sentencia C-049 de 1996, y que textualmente disponía:

"Artículo 148. Personas habilitadas para la defensa del imputado. De conformidad a lo dispuesto por el Decreto 196 de 1971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea servidor público.

Los estudiantes de derecho, pertenecientes a consultorios jurídicos o los egresados, podrán intervenir en las actuaciones procesales, en las condiciones previstas en los estatutos de la profesión de abogado y de la defensoría pública."

Como puede apreciarse, a diferencia de la norma acusada la anterior disposición legal no consagró la facultad para los estudiantes de derecho de ejercer como defensores en los procesos de competencia de los jueces penales o promiscuos municipales, sino que en forma amplia se refiere a su intervención en las "actuaciones procesales" remitiendo para estos efectos a los estatutos de la profesión de abogado y de defensoría pública, razón por la cual puede concluirse que las dos disposiciones no tienen el mismo contenido normativo, que es presupuesto necesario para predicar la existencia de cosa juzgada material." Por tal motivo, entró a estudiar de fondo la disposición demandada.

2.4. De otro lado, en la Sentencia C-451/03, la Corte, a pesar de la identidad plena de los textos de las disposiciones acusadas, consideró necesario determinar previamente si efectivamente se podía predicar la cosa juzgada material con relación al contenido normativo que previamente había sido analizada por la Corte. Tal consideración se realizó, puesto que la Corporación en Sentencia C-311/02 había estimado que un fallo anterior es un precedente, que amerita obviamente respeto, pero que no implica que obligatoriamente la Corte deba estarse a lo resuelto en el caso previo. La Corte denominó tal tipo de cosa juzgada cosa juzgada material en sentido amplio, a diferencia de la cosa juzgada material en sentido estricto que se presenta en caso de que se intente reproducir una norma que ha sido declarada inexequible, situación contemplada en el artículo 243 constitucional. En el caso bajo análisis, encontró la Corporación que no era posible predicar la cosa juzgada material toda vez que el alcance jurisprudencial con respecto a los derechos de las víctimas había cambiado, lo cual justificaba que, a pesar de la identidad textual con la disposición previamente estudiada, la Corte entrara a analizar la nueva disposición atacada.

En ese orden de ideas, cuando una disposición ha sido declarada exequible y su contenido se reproduce posteriormente por el legislador, no siempre se puede predicar la cosa juzgada material, puesto que, si bien esta es la regla general, excepcionalmente se puede volver a estudiar un contenido normativo idéntico, en virtud del carácter dinámico de la Constitución. En efecto, las significaciones constitucionales que sirvieron para abordar el análisis de la norma acusada en el pasado, pueden haber variado sustancialmente y exigir un nuevo juicio de constitucionalidad13.

En sentido semejante, en la Sentencia C-228/02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte, a pesar de que existía cosa juzgada absoluta sobre una norma cuyo contenido era materialmente idéntico a la demandada, decidió apartarse del criterio jurisprudencial establecido en el primer fallo pues encontró que se presentaban los siguiente factores, constitutivos de razones fuertes, con relación a la disposición sobre derechos de la parte civil ahora acusada:

“1)Un cambio en el ordenamiento jurídico que sirvió de referente normativo para la decisión anterior, lo cual también incluye la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente.

2) Un cambio en la concepción del referente normativo debido, no a la mutación de la opinión de los jueces competentes, sino a la evolución en las corrientes de pensamiento sobre materias relevantes para analizar el problema jurídico planteado.

3) La necesidad de unificar precedentes, por coexistir, antes del presente fallo, dos o más líneas jurisprudenciales encontradas.

4) La constatación de que el precedente se funda en una doctrina respecto de la cual hubo una gran controversia.14”

En sentido semejante, los efectos y características de la cosa juzgada material frente a un fallo que declaró la exequibilidad de una norma fueron detallados en la Sentencia C-311/02, M.P. Manuel José Cepeda. En este fallo se recordó que, en virtud del respeto al precedente, de apartarse del primer fallo se deberían presentar razones poderosas, o se debería justificar

la modificación en virtud de la variación del contexto de la norma, entre otras. Dijo la Corte:

"El fallo anterior constituye un precedente respecto del cual la Corte tiene diversas opciones, ya que no queda absolutamente autovinculada por sus sentencias de exequibilidad15. La primera, es seguir el precedente, en virtud del valor de la preservación de la consistencia judicial, de la estabilidad del derecho, de la seguridad jurídica, del principio de la confianza legítima y de otros valores, principios o derechos protegidos por la Constitución16 y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte17. En esta primera opción la Corte decide seguir la ratio decidendi anterior, mantener la conclusión que de ella se deriva, estarse a lo resuelto y, además, declarar exequible la norma demandada. Otra alternativa es apartarse del precedente, esgrimiendo razones poderosas para ello que respondan a los criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia, para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores18. También puede la Corte llegar a la misma conclusión de su fallo anterior pero por razones adicionales o diversas. En conclusión, los efectos de la cosa juzgada material de un fallo de exequibilidad son específicos y no se asimilan a los del derecho procesal general. Se inscriben dentro de la doctrina sobre precedentes judiciales en un sistema de tradición romano germánica, son los propios del proceso constitucional y responden a la interpretación de una Constitución viviente.

La doctrina anterior refleja la práctica generalizada de la jurisprudencia constitucional. La Corte constata que cuando en sus sentencias ha encontrado que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material respecto de una norma declarada exequible – no inexequible ni exequible con condicionamiento – ha procedido de la siguiente manera. Primero, ha registrado la existencia del fallo anterior y ha reiterado lo plasmado en él.19 Segundo, en la parte resolutiva de sus fallos no ha decidido estarse a lo resuelto, sino que ha fallado de fondo declarando exequible la nueva norma, salvo contadas excepciones.20 Tercero, cuando la Corte ha considerado que no debía seguirse estrictamente el fallo anterior, lo ha sostenido así y ha esgrimido razones poderosas para apartarse del precedente.21"22

En efecto, es diferente el fenómeno de la cosa juzgada material cuando la norma de idéntico alcance deóntico a la ahora acusada fue declarada exequible que cuando fue declarada contraria a la Constitución. En el primero de los casos, si bien en respeto del precedente la Corte puede seguir sus consideraciones del primer fallo y, por tanto, declarar exequible la norma idéntica acusada con posterioridad, puede llegar a apartarse del lo inicialmente establecido en sus fallos, pero por razones poderosas. En este contexto se ha afirmado que "sin desconocer la cosa juzgada respecto de una disposición específica, cuando se ha reproducido el contenido material declarado previamente exequible, la Corte puede estimar que no hay razones poderosas para modificar su jurisprudencia y, por lo tanto, estarse a lo resuelto en la sentencia anterior y declarar exequible la nueva disposición. Pero si considera que existen razones poderosas para separarse de lo resuelto en la sentencia anterior, debe la Corte justificar la decisión de apartarse del precedente específico aplicable y, luego, juzgar la disposición que reprodujo el contenido material pudiendo llegar a declararlo inexequible."23

2.5. No se puede predicar cosa juzgada material frente a omisiones legislativas. En la Sentencia C-1064/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, se consideró que frente a una omisión legislativa relativa incluida en la ley anual de presupuesto no existía cosa juzgada material, puesto que si bien con anterioridad la Corte

había analizado una omisión legislativa relativa semejante, la ley anual de presupuesto era expedida cada año en un contexto diferente, con base en un diseño de ingresos y gastos diverso, y, en virtud de que lo acusado era una omisión y de ésta no era predicable una identidad normativa con otra sustracción de acción, toda vez que, señaló la Corte, "en ese caso, no hay un contenido material propio que sirva como término de comparación."

2.6. Por último, otro caso de inexistencia de cosa juzgada material se presenta cuando la disposición fue sometida a control constitucional estando en vigencia la anterior Constitución. Ejemplo de lo anterior es la Sentencia C-153/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero. La diferencia de este tipo de inexistencia de cosa juzgada es que se predica de la disposición formalmente idéntica frente a la cual, por obvias razones de cambio normativo, se hace indispensable realizar un nuevo juicio. En igual sentido, la Sentencia C-587/92, M.P. Ciro Angarita Barón.

(3) Necesidad de existencia de cosa juzgada constitucional absoluta del contenido normativo en virtud del cual se predica la existencia de cosa juzgada material

Es presupuesto constitucional indispensable para predicar cosa juzgada material que frente al artículo cuyo contenido normativo es idéntico y ya fue objeto de demanda exista cosa juzgada formal absoluta. Tal precisión se hace, en la medida en que, habiendo sido declarada la constitucionalidad de una norma sin relativización expresa de sus efectos en la parte resolutiva, caso en el cual nos encontraríamos frente a una cosa juzgada relativa expresa, es posible que la cosa juzgada sea (a) aparente, o (b) relativa implícita.

a. La Cosa Juzgada aparente, ha dicho la Corporación, requiere "…la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado…"24

b. Por su parte la cosa juzgada relativa implícita puede presentarse, primero, cuando la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada25, aunque en la parte resolutiva no se indique dicha limitación; segundo, en caso de que "… el análisis de la Corte est[é] claramente referido sólo a una norma de la Constitución o a un solo aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada.."26; y, tercero, "cuando la corte al examinar la norma constitucional se ha limitado a cotejarla frente a una o algunas normas constitucionales, sin extender el examen a la totalidad de la Constitución o de las normas que integran parámetros de constitucionalidad"27

Ejemplo del primer caso es la Sentencia C-229/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la cual se había demandado una disposición frente a la cual la Corte había declarado la exequibilidad sin relativizar sus efectos en la parte resolutiva. La Sala Plena encontró que tal cosa juzgada era relativa implícita, puesto que en la parte considerativa expresamente se había manifestado que frente a un vicio de procedimiento planteado por el Procurador no se iba a pronunciar de fondo, toda vez que no correspondía al cargo presentado en la demanda. En la demanda objeto de la Sentencia C-229/03 se presentaba como cargo el mencionado vicio y la Corte, después de señalar la relatividad implícita de la cosa juzgada, entró a analizar el

mencionado cargo.

Encajando en la cosa juzgada relativa implícita del primero tipo, en el fallo C-045/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se hizo énfasis en el hecho de que de no ser relativizados los efectos de la sentencia en la parte resolutiva, para que se pudiera predicar la existencia de la cosa juzgada relativa implícita, se debería establecer expresamente en la parte motiva tal limitación. Por no haber sido éste el caso de la disposición que, nuevamente, era demandada, la Sala Plena se estuvo a lo resuelto. Como consideración jurídica digna de resaltar se tiene: "Para saber si en el presente caso se ha producido el fenómeno excepcional de la cosa juzgada relativa implícita es necesario establecer si la Corte efectivamente restringió explícitamente la declaratoria de exequibilidad de la disposición demandada, en esta oportunidad, en la parte motiva de la Sentencia C-678/98.

De lo contrario, si la Corte no los limitó, se debe concluir que la decisión adoptada en la Sentencia C-678/98 respecto del artículo 2º de la Ley 89 de 1993 es de exequibilidad absoluta, pues 1) le compete sólo a ella determinar los efectos de sus fallos en cada Sentencia, y 2) en principio, cuando la Corte no fija expresamente el alcance de sus decisiones, se entiende que hacen tránsito a cosa juzgada absoluta, pues esta Corporación está obligada a confrontar las disposiciones demandadas con la totalidad de la Constitución."(subrayas ajenas al texto)

Como último ejemplo del primer tipo, el Auto A-031B/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil, señaló "Es necesario precisar que el carácter de implícito deviene del hecho de que no ha existido un pronunciamiento sobre la materia en la parte resolutiva, pero que de ello no deriva la posibilidad de que en cada caso se pretenda la existencia de cosa juzgada apenas relativa a partir de la consideración de los cargos o los argumentos que se han hecho expresos por la Corte. Para que exista cosa juzgada relativa se requiere, en todo caso, que tal limitación se haya establecido de manera expresa por la Corte, así sea sólo en la parte considerativa, caso en el cual recibe la denominación de implícita." (subrayas ajenas al texto). En esta ocasión la Corte conocía de un recurso de súplica interpuesto por el demandante cuya acción había sido rechazada, quien consideraba que la cosa juzgada que se había surtido en la sentencia que previamente había estudiado la disposición que él ahora acusaba era relativa. Para descartar la existencia incluso de cosa juzgada relativa implícita, señaló la Corte que en la parte motiva no había indicio alguno de la relativización de los efectos. Dijo la Corporación: "No hay en la parte motiva de la providencia consideración alguna de la que pueda derivarse la existencia de una cosa juzgada relativa implícita; por el contrario, la Corte hace un pronunciamiento general sobre la conformidad de la norma con la Constitución." Por tal motivo, el auto de rechazo fue confirmado.

De otro lado, en el Auto A-131/00, M.P., la Corte, desarrollando la segunda de las opciones e inclinándose por la seguridad que prima facie debe caracterizar a los pronunciamientos de la Corporación, señaló que a pesar de no limitarse expresamente los efectos en la parte considerativa, la cosa juzgada aparente también se podía presentar cuando claramente el análisis de constitucionalidad se refirió a un aspecto limitado. Señaló la Corte: "Es relativa la cosa juzgada cuando la Corte Constitucional delimita los alcances de su sentencia, expresándolo en la misma. Podría inclusive admitirse cuando, aun no advirtiéndolo, el análisis de la Corte está claramente referido sólo a una norma de la Constitución o a un solo

aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada." En esta ocasión, la Corte analizaba un recurso de súplica y encontró como inválidas las razones expuestas por el demandante en virtud de que lo que ahora se cuestionaba era un alcance interpretativo de la disposición acusada que, si bien pudo ser desarrollado con posterioridad de la sentencia, era claro que no estaba contenido en el texto que había sido objeto de la Corte en su momento.

Otro ejemplo de la existencia de cosa juzgada relativa implícita del segundo tipo se presenta en la Sentencia C-1067/02, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En ésta la Corte encontró que en el fallo que se había referido a la norma objeto de la nueva demanda, a pesar de que no se habían limitado sus efectos en la parte resolutiva de la Sentencia, únicamente se había confrontado ésta con un par de artículos de la Constitución. Por tal motivo, consideró que existía cosa juzgada implícita. No obstante, no entró a estudiar de nuevo la disposición acusada, por encontrar que el demandante actual no formulaba cargos concretos contra la disposición otrora estudiada en la demanda que posteriormente se estudiaba.

Ejemplo del tercer tipo de cosa juzgada relativa implícita está la Sentencia C-643/02, M.P. Jaime Córdoba Triviño, en la cual se encontró que existía cosa juzgada relativa implícita en la medida en que si bien la disposición tributaria había sido encontrada inexequible con relación a la discriminación en la aplicación del tributo a ciertas personas y a otras no, no lo había hecho con relación a otros grupos poblacionales planteados en la nueva demanda. Así las cosas, consideró la Corte que "como puede advertirse, el cargo sobre el que se pronunció la Corte fue la discriminación que esa disposición hacía entre las personas obligadas a declarar y las personas no obligadas a declarar. Y el cargo que ahora se plantea es diferente pues remite a la discriminación que esa norma propicia entre trabajadores asalariados no declarantes y trabajadores independientes no declarantes. De esta manera, como la declaratoria de constitucionalidad dispuesta en la Sentencia C-489-95 tiene un alcance limitado en cuanto se circunscribe al cargo entonces formulado, la conclusión que se impone es que sobre el artículo 6° del Estatuto Tributario existe un fallo con valor de cosa juzgada relativa implícita pues sólo se han analizado determinados cargos28"

A pesar de que puede existir cosa juzgada relativa implícita, para que se pueda predicar la cosa juzgada material no es necesario que en la sentencia que abordó el estudio de la disposición cuyo contenido material es idéntico se haya realizado un contraste expreso con uno por uno de los artículos de la Constitución. Como el control de constitucionalidad se presume integral, basta con que se haya advertido que la confrontación se dio con relación a la totalidad de la Constitución.

En este sentido, en la sentencia C-1038/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte analizó la existencia de cosa juzgada material absoluta entre la disposición demandada y una que, con anterioridad, la Corte había declarado exequible. Para llegar a la conclusión de que sí existía tal cosa juzgada la Sala, primero, confrontó la identidad de contenidos normativos –a pesar de leves diferencias existentes-, segundo advirtió que cargos semejantes habían sido abordados en la primera ocasión y, tercero, señaló que si bien existía un nuevo cargo, en la Sentencia con base en la cual se predicaba la cosa juzgada material se había señalado que la disposición había sido confrontada con toda la Constitución, lo que implicaba que también había estudiado la exequibilidad de la norma frente al artículo constitucional que en la nueva

demanda se traía a colación en forma expresa. Después de indicar que existía un aparente nuevo cargo, dijo la Corporación:

“Sin embargo, la Corte en la citada Sentencia C-429 de 1993 (M.P. Fabio Morón Díaz), cotejó la disposición acusada frente a la totalidad de las preceptos contenidos en la Constitución Política, incluso en relación con el artículo 53 de la Constitución Política. Lo anterior, fue expresamente consagrado en la parte motiva de la citada sentencia, al manifestarse por parte de esta Corporación que, “por las razones expuestas, no resultan inconstitucionales los apartes acusados del artículo 29 del C.P. del T., al no contrariar ningún precepto superior”29.”

11. Así, en la medida que el artículo demandado tiene un contenido normativo idéntico (salvo algunas modificaciones de menor entidad) al de aquel a partir del cual esta corporación hizo su análisis en la Sentencia C-429 de 1993 y dado que esta Corporación efectuó un control de constitucionalidad integral sobre dicha disposición, es claro que en el presente caso ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta (C.P. art. 243), razón por la cual – siguiendo los lineamientos expuestos en la Sentencia C-311 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa -, la Corte reitera su precedente y declara exequible la norma demandada, en virtud de la aplicación de los principios de estabilidad del derecho, seguridad jurídica y confianza legítima.”(subrayas ajenas al texto)

Por otro lado, tratando de armonizar la posibilidad de existencia de cosa juzgada relativa implícita con la paz o seguridad jurídica implícita en el control integral de la Corte Constitucional sobre la norma demandada, la Sentencia C-505/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil30, después de afirmar que puede existir cosa juzgada relativa implícita cuando si bien en la parte resolutiva no se restringieron en la motiva sí se limitaron los efectos, dijo “Con todo, la restricción de los efectos de la decisión en la parte motiva tienen que surgir más allá de toda duda. Esta circunstancia no puede colegirse de una sola frase de la parte motiva tomada fuera de contexto, ni de expresiones que sólo pretendan acentuar la forma gradual como la Corte va analizando la constitucionalidad de una disposición a lo largo del texto de la sentencia.31

(…)

El control integral implica, por un lado, una comparación de las disposiciones demandadas con la totalidad de la Constitución, y por otro, supone el estudio integral de todas las normas particulares que razonablemente puedan estar contenidas en el texto que ha sido demandado. Sin embargo, ello no significa que el análisis respecto de cada una de las disposiciones constitucionales deba estar explícito, ni que sea necesario en todos los eventos llevar a cabo una disección de todas y cada una de las normas contenidas en el texto legal analizado.” (subrayas ajenas al texto)

De otra parte, en la Sentencia C-153/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se precisaron dos puntos relevantes para no ampliar en demasía el concepto de cosa juzgada relativa implícita, a saber, que los cargos expuestos en una previa demanda no son los que limitan lo efectivamente estudiado en la sentencia, motivo por el cual éstos no pueden tenerse como parámetro para determinar la existencia de cosa juzgada absoluta o no; y que un factor importante para la determinación de la no existencia de la cosa juzgada relativa implícita es

el hecho de que en la parte considerativa, de manera expresa, se haya señalado que la confrontación de la disposición demandada se realizó a la luz de toda la constitución.

Frente al primero de los aspectos señaló la Corte: “no son los cargos formulados en las demandas de inconstitucionalidad los que determinan el ámbito de la cosa juzgada constitucional, sino la decisión que adopta la Corte en cada uno de sus pronunciamientos para restringir o no su alcance y con arreglo a la cual se podrá establecer si se configura una cosa juzgada constitucional con carácter relativo o absoluto. Lo contrario afectaría el valor de la cosa juzgada constitucional absoluta y con ello la seguridad jurídica que le es inmanente, puesto que en cada caso particular, y sin que se estuviera frente a la cosa juzgada relativa, habría que entrar a efectuar un análisis de fondo para determinar si los cargos propuestos son novedosos o no, dando lugar a un sinnúmero de pronunciamientos sobre el mismo asunto. De este modo la constitucionalidad de una norma no quedaría definida jamás.” (subrayas ajenas al texto) En relación con el segundo aspecto, analizando el caso concreto, indicó la Corporación: “en relación con las expresiones “ al menos parcialmente” del inciso segundo del artículo 35 de la Ley 1ª de 1991 ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta, por cuanto en la Sentencia C-474 de 1994 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 35 de la Ley 1ª de 1991 luego de haber concluido que “confrontado su texto con el conjunto del ordenamiento constitucional tampoco se advierte razón alguna para declarar su inexequibilidad”.

Ciertamente, en la referida Sentencia C-474 de 1994 se hace una exposición metódica, clara y suficiente de las razones por las cuales se considera que las disposiciones enjuiciadas, especialmente el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991, que se demanda parcialmente en esta oportunidad, se avienen al Estatuto Superior.” (subrayas ajenas al texto)

En conclusión, si bien es posible que se presente cosa juzgada relativa implícita, ésta es de carácter excepcional y sólo se puede dar en los estrictos términos que ha desarrollado esta Corporación.

(ii) Caso concreto

A la luz de la jurisprudencia anteriormente esbozada, la Sala Plena de la Corte encuentra (1) que existe cosa juzgada absoluta en relación con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, (2) se presenta una identidad de contenido normativo entre el artículo 187 y el artículo 172, numeral 7, parcial, y (3) es predicable la cosa juzgada material del artículo 172, numeral 7, motivo por el cual la Corte procederá a estarse a lo resuelto en la Sentencia C-542/98.

(1) En la parte considerativa se señaló que un presupuesto indispensable para que se pueda predicar la cosa juzgada material de un contenido normativo idéntico a uno ya analizado por la Corte es necesario que frente a la norma primeramente estudiada se presente cosa juzgada absoluta. En atención a lo anterior, la Sala entrará a estudiar la existencia de cosa juzgada absoluta del artículo 187.

Desde el Auto del 7 de febrero de 2005, el Magistrado Sustanciador había evidenciado la existencia de cosa juzgada constitucional absoluta en relación con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual se rechazó la demanda contra el mencionado artículo. Lo

anterior en virtud de que la Sentencia C-542/98 ya había analizado la disposición de manera completa a la luz de la Constitución. La Sala encuentra plenamente justificado el señalamiento de la existencia de cosa juzgada constitucional absoluta por los argumentos que entra a exponer con detalle.

a. La primera forma de relativización de los efectos de una sentencia se presenta cuando en la parte resolutiva se señala que el análisis de constitucionalidad se limita a determinados cargos. La relativización explícita, o en la parte resolutiva no se presentó en la sentencia C.542/98.

En efecto, el texto de la parte resolutiva señala: "Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes, salvo la expresión " y la antigüedad de afiliación en el Sistema" contenida en el inciso 2o. de ese mismo artículo 187, la cual se declara INEXEQUIBLE." Como se observa, si bien la parte resolutiva impone un condicionamiento, no señala ninguna relativización de los efectos de la exequibilidad del artículo 187. Es de resaltar que esta Corporación ha indicado en varios pronunciamientos32 que la cosa juzgada absoluta no depende de la inexistencia de condicionamientos.

Con respecto al aparte declarado inexequible, no cabe la menor duda de la existencia de cosa juzgada absoluta. No obstante, como se analizará posteriormente, esto no incide en la constitucionalidad del artículo 172, numeral 7, parcial, puesto que si bien este tiene igual contenido normativo que el 187, su alcance normativo depende del contenido de ese artículo. Así, al dejar de formar parte del artículo 187, la disposición declarada inexequible deja de ser parte, simultáneamente, del contenido del artículo 172, numeral 7, parcial.

b. Como se analizó en el aparte de considerandos generales, también puede llegar a existir cosa juzgada relativa implícita.

– Esta situación se presenta, en primer lugar, cuando si bien en la parte resolutiva no se relativizan los efectos sí se hace esto en la parte considerativa.

En la Sentencia C-542/98 no sucedió tal cosa. En efecto, señaló la mencionada sentencia "las consideraciones en estos términos expuestas llevan a la Sala a estimar infundada la acusación formulada por el demandante contra el artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, razón por la cual lo declarará ajustado en su integralidad al ordenamiento constitucional vigente, en la parte resolutiva de esta providencia, con el condicionamiento antes señalado, salvo en la expresión " y la antigüedad de afiliación en el Sistema" contenida en el inciso 2o. de ese artículo 187, considerada inexequible." (subrayas ajenas al texto). Como se observa, la Sala Plena no puso en duda que la totalidad del artículo 187 estaba acorde con el "ordenamiento constitucional vigente", es decir, a toda la Constitución.

Es de anotar que al haber encontrado ajustado a la Constitución el artículo 187 "en su integralidad" también se descarta una cosa juzgada aparente.

– En segundo lugar, la cosa juzgada relativa se presenta cuando "… el análisis de la Corte est[é] claramente referido sólo a una norma de la Constitución o a un solo aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada.."33. La Sala Plena encuentra que el análisis de la Sentencia C-542/98 no está claramente referido sólo a una norma de la Carta o a un aspecto de la constitucionalidad del artículo 187.

Para demostrar lo anterior, se citarán puntualmente los aspectos de la Constitución a los cuales se hizo referencia:

* Facultad del legislador para fijar el régimen legal del Sistema de Seguridad Social

* Características de la seguridad social en salud en un Estado Social de Derecho

* Derecho a la salud

* Protección constitucional a los recursos parafiscales

* Especial protección constitucional a personas en estado de debilidad manifiesta

Como se observa, no sólo a un aspecto de la Constitución sino a varios de ésta se hizo referencia en la Sentencia. Por ende, tampoco se presenta cosa juzgada relativa a la luz de la figura en cuestión.

– En tercer lugar, frente al artículo 187 de la Ley 100 no se presenta cosa juzgada relativa implícita, pues no se configura la siguiente situación: "cuando la corte al examinar la norma constitucional se ha limitado a cotejarla frente a una o algunas normas constitucionales, sin extender el examen a la totalidad de la Constitución o de las normas que integran parámetros de constitucionalidad"34 En efecto, como se vio la disposición se coteja frente a los aspectos de la Constitución que integran parámetros de constitucionalidad, incluso el parámetro contenido en la demanda de la referencia, a pesar de que el análisis a la luz de éste no se haya realizado en los exactos términos de los cargos de la presente demanda.

Por ya haberse señalado varios de los parámetros de constitucionalidad a los cuales se confrontó el artículo 187 constitucional, a continuación se hará énfasis en el contraste del artículo con la competencia del legislador de desarrollar la legislación en materia de seguridad social en salud, aspecto abordado en la presente demanda.

Desde el inicio de la parte considerativa de la Sentencia, a pesar de no haber sido el cargo exacto de la demanda radicada con la referencia D-2038, la Corte realizó una confrontación del artículo 187 con la facultad del legislador de regular lo atinente a la seguridad social en salud. Tal abordaje se dio sin ignorar la naturaleza de contribuciones parafiscales que tienen los pagos compartidos y, por tanto, sin desconocer el aspecto ahora cuestionado por la demandante a pesar de que, como se dijo, el análisis jurídico no se hubiera desarrollado en los exactos términos de la presente demanda. A continuación se transcribirán los apartes que evidencian lo dicho y se realizará un breve comentario, resaltando el desarrollo del tema expuesto en la presente demanda.

* Desde el planteamiento de los parámetros a utilizar para resolver el problema jurídico se hizo mención de la facultad del legislador para regular el Sistema de Seguridad Social en salud. En efecto, dijo la Corte:

* El primero de los títulos de la parte considerativa hizo relación a la facultad del legislador para fijar el régimen jurídico de Seguridad Social en Salud. En efecto, se dijo en la Sentencia C-542/98:

"3. El Sistema de Seguridad Social en salud, los principios constitucionales que lo fundamentan y la facultad legislativa para establecer su régimen jurídico."

* Con posterioridad, en el desarrollo del título arriba trascrito, se dijo:

"Según lo señala el nuevo ordenamiento constitucional a partir de 1991, la Seguridad Social constituye "...un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (C.P., art. 48), que correlativamente se estructura en la forma de un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos, permitiéndoles obtener el amparo necesario para cubrir los riesgos que pueden llegar a minar su capacidad económica y afectar su salud, con especial énfasis en aquellos sectores de la población más desprotegidos, en la intención de conservar una comunidad sana y productiva, gracias a la ampliación gradual de la cobertura que en forma progresiva debe producirse, según los parámetros que señale el legislador.".35 (subrayas ajenas al texto)

Nótese cómo se hace mención al artículo 48 constitucional, mencionado en la demanda de la ciudadana Karin Irina Kuhfeldt Salazar, y de qué manera, en dos ocasiones, se señala que el desarrollo del servicio público de salud se debe dar en los términos o según los parámetros que fije el legislador.

* Posteriormente, reforzando el criterio de regulación en cabeza del legislador de la prestación del servicio de salud, dijo la Sentencia:

"De conformidad con los artículos 48 y 49 de la Carta Política, la seguridad social y el servicio de salud son servicios públicos inherentes a la finalidad social del estado, cuya prestación eficiente debe asegurarla el mismo Estado para todos los habitantes del territorio nacional (C.P., art. 365). La Carta Fundamental defiere a la ley el señalamiento de su régimen jurídico, a fin de fijar los presupuestos básicos dentro de los cuales deberán desarrollarse las actividades atinentes a su prestación, como lo sostuvo esta Corporación, en la providencia que se transcribe a continuación:

" La competencia para la "regulación" de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas

de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente (arts. 1, 2, 56, 150-23, 365, 367, 368, 369 y 370 C.P.).". (Sentencia C-263 de 1.996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Así pues, el legislador tiene la facultad para señalar el régimen jurídico del servicio público obligatorio de la seguridad social y de la atención en salud, con sujeción a los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad." (subrayas ajenas al texto)

Como se observa, no fue para nada extraña la competencia del legislador para regular lo relativo a la seguridad social en salud y, en particular, las relaciones de los usuarios en cuanto a sus deberes y la fijación del régimen tarifario.

* Posteriormente, dijo la Sentencia, haciendo relación a las facultades del Congreso para crear y desarrollar el Sistema de Seguridad Social y, en particular, el Sistema de Seguridad Social en Salud:

"Así las cosas, en primer lugar, cabe resaltar que el Congreso de la República, en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 365 de la Carta Política, creó el Sistema de Seguridad Social Integral, mediante la expedición de la Ley 100 de 1.993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", con el objeto de "…garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten". Dicho Sistema comprende "…las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro", y se configura por "el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.". (arts. 1o. y 8o.), con el deber de ampliación de su cobertura, hasta lograr un cubrimiento total de la población para que acceda al mismo (art. 6o.)." (subrayas ajenas al texto)

* De manera especial se debe enfatizar el hecho de que la Sentencia, al entrar a analizar el artículo demandado, no sólo lo abordó como parte de la Ley 100, sino como fuente de la regulación que de éste había hecho el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el Acuerdo que, para el momento, estaba rigiendo. Esto implica que el tema de las facultades de la administración para regular los aspectos en el artículo 187 sí fue considerado. Dijo la Corte:

"De conformidad con el precepto acusado, esto es el artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, están sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, tales pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de los servicios del sistema; en cambio, para los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

El régimen legal de los pagos compartidos y cuotas moderadoras fue definido en el Acuerdo

No. 030 de 1.995, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo director del Sistema General de Seguridad Social36, determinando como cuotas moderadoras, las que "tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS" y como copagos "los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema". Las primeras, son aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que, los segundos, lo serán única y exclusivamente a los beneficiarios, en ambos casos con base en el ingreso base de cotización del afiliado cotizante (arts. 1o., 2o., 3o. y4o.).

De lo anterior se deduce que, el legislador al fijar el régimen legal del servicio público de seguridad social en materia de salud, en la Ley 100 de 1.993 encontró procedente establecer con el cobro de las cuotas moderadoras un mecanismo destinado, como lo señala el mismo artículo 187, a: " racionalizar el uso de servicios del sistema", como una forma de inducir a los usuarios a recurrir al servicio únicamente en los casos realmente necesarios, a fin de lograr la eficiencia en la prestación del servicio." (subrayas y negrillas ajenas al texto)

* De otra parte, la Sala observa que la sentencia C-542/98 comparó el artículo 187 con la disposición que había sido analizada en la Sentencia C-089/98. Es de anotar que uno de los principales argumentos de la presente demanda para que el artículo 187 y el 172, numeral 7, sean declarados inexequibles es que debían correr la misma suerte que las facultades señaladas para el organismo encargado de la regulación de la Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares, es decir, ser declaradas inexequibles37. Si la Corte mencionó dentro de sus considerandos la Sentencia C-089/98 como razón para encontrar el artículo 187 ajustado a la Constitución, se puede afirmar que no encontró en el artículo 187 los mismos reparos que encontró en la situación de las fuerzas militares, sino que, al contrario, observó que este artículo reunía las características que hicieron exequibles los apartes que así fueron declarados en la Sentencia C-089/98. A continuación se transcribe lo señalado por la Corte en la Sentencia C-542/98:

"Similar contenido normativo [al del artículo 187] fue analizado por esta Corporación en la Sentencia C-089 de 1.99838, al estudiar la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 352 de 1.997 que reestructuró el Sistema de Salud y dictó otras disposiciones para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en donde se avaló el señalamiento de los pagos compartidos y las cuotas moderadoras, para los beneficiarios de dichos organismos, con el mismo fin de racionalizar el uso de los servicios de salud, bajo unos condicionamientos especiales, cuyos criterios se reiteran en esta oportunidad." (subrayas ajenas al texto)

"Así pues, debe repararse en el hecho de que el cobro de la cuota moderadora con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, exigida al afiliado cotizante del régimen contributivo y a sus beneficiarios, con base en el ingreso base de cotización del primero, hace suponer una pertenencia de los mismos a un estrato socioeconómico con capacidad de pago, a partir de sus reales ingresos económicos. De manera que, a diferencia de lo planteado por el actor, el deber de cancelar las cuotas moderadoras por quienes están obligados a ello, según la estratificación socioeconómica de afiliación que tengan en el Sistema, y como mecanismo promotor de su buen uso, no impide el ejercicio del derecho a la

salud ni la protección a la vida; por el contrario, los garantiza y no los hace objeto de una discriminación carente de fundamentos razonables u objetivos, como tampoco se convierte en una barrera de acceso para los más pobres a los servicios de la atención en salud, que contradiga el principio de solidaridad.

No obstante, de la misma manera como esta Corporación lo hizo en la Sentencia C-089 de 1.998, ya aludida, la exequibilidad del cobro de las cuotas moderadoras tendrá que sujetarse a la condición de que con éste nunca se impida a las personas el acceso a los servicios de salud; de tal forma que, si el usuario del servicio -afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, " el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes.".

Por otra parte, la expresión " y la antigüedad de afiliación en el Sistema" contenida en el inciso 2o. del artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, será declarada inexequible, por cuanto ella no guarda relación alguna con el costo y la racionalidad del uso del servicio del sistema de salud.

En efecto, de conformidad con el inciso 2o. del artículo 48 de la Constitución Política, se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, de tal manera que a éstos corresponde la participación en el costo de la misma para garantizar la ampliación gradual de la cobertura, dentro de los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ahí que, los pagos correspondientes deben tener en cuenta la estratificación para que la igualdad sea efectiva y proteger a los que se encuentren en debilidad manifiesta, lo que es ajeno al concepto de antigüedad."

En cuanto se refiere al inciso 3o. del artículo 187 demandado, cabe advertir que los recursos que allí se tratan, tienen el carácter de parafiscales y siempre deben ser destinados al servicio, por cuanto son contribuciones ordenadas por la ley, no en forma voluntaria, sino con la finalidad de financiar el Plan Obligatorio de Salud (POS), para atender los costos que demande el servicio, sin que puedan entrar a participar íntegramente a Fondos Comunes.

Por ello, en tratándose de recursos parafiscales, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud puede destinar parte de ellos a la subcuenta de promoción de la salud del Fondo de Solidaridad y Garantía, a fin de que las Entidades Promotoras de Salud puedan atender los costos que se ocasionen con la prestación del servicio."

Ahora bien, el parágrafo 1o. del artículo 182 de la Ley 100 de 1.993 establece que "Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad", por tratarse de recursos parafiscales." (subrayas y negrillas ajenas al texto)

* El carácter de parafiscal fue tenido en cuenta en tal grado que en la parte resolutiva se señaló:

“Segundo.- Los recursos provenientes de los pagos moderadores a que se refiere el inciso 3o. del artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, declarado exequible en el numeral anterior, se entiende que son recursos parafiscales, en los términos de esta sentencia.”

A la luz de las consideraciones antes transcritas la Sala encuentra plenamente demostrada la existencia de cosa juzgada constitucional absoluta en relación con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993.

Paralelamente a lo anterior, la Sala estima pertinente señalar que un indicio de aceptación de la existencia de cosa juzgada absoluta surtido sobre el artículo 187 de la Ley 100 se presenta por el hecho de que, después de rechazada la demanda en lo referente al mencionado artículo, mediante auto del 7 de febrero, la demandante no interpuso recurso de súplica, oportunidad prevista para alegar la invalidez del juicio realizado por el Magistrado Sustanciador.

Encuentra la Corte que exigir que se realice un nuevo análisis a la luz del parámetro de constitucionalidad de competencia del legislador en materia de seguridad social en salud, desconocería la seguridad jurídica que debe brindar, prima facie, un fallo de constitucionalidad, ignoraría la presunción de control integral a la luz de la Carta que realiza la Corte de todo artículo demandado, y abriría la posibilidad de reabrir un debate cada vez que un ciudadano quisiera reenfocar o poner en otros términos asuntos jurídicos ya debatidos por la Corte. En síntesis, daría un viraje considerable al sistema del control constitucional colombiano.

De otro lado, recuerda la Corte que, a la luz de su jurisprudencia anteriormente relacionada, si bien el problema jurídico que se esbozó en la Sentencia C-542/98 es diferente al que nace de la presente demanda, aquél no puede llegar a determinar si existe o no cosa juzgada constitucional absoluta.

(2) Entre el artículo 187 y el 172, numeral 7, parcial, existe identidad de contenidos normativos como se demostrará a continuación. Sin embargo, antes de entrar a analizar la identidad, la Sala recuerda que la Corte se inhibió de pronunciarse con respecto a los apartes del numeral 7 del artículo 172 atinentes a los artículos 160 y 164 de la Ley 100, por encontrar que la demanda no esbozaba cargos contra estos apartes de la disposición. Así las cosas, el contraste de identidad de contenido normativo se realizará únicamente tomando en cuenta el aparte del numeral 7 que hace mención al artículo 187.

A continuación se trascribirán los artículos mencionados y, posteriormente, se procederá a hacer un cotejo de los contenidos normativos.

Artículo 172. Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:

(…)

7. Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la presente Ley."

Artículo 187. De los pagos Moderadores. Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre, tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica39, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Los recaudos por estos conceptos serán recursos de las Entidades Promotoras de Salud, aunque el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá destinar parte de ellos a la subcuenta de Promoción de la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía.

PARAGRAFO. Las normas sobre procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables, entre otros, serán definidos por el Gobierno Nacional, previa aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud."

A la luz del artículo 172, al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud le compete definir el régimen de pagos compartidos de que trata el artículo 187.

Según el artículo 187, al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud le compete fijar los procedimientos de recaudo, definición del nivel socioeconómico de los usuarios y los servicios a los que serán aplicables los pagos compartidos, definir los pagos moderadores de acuerdo con la estratificación socioeconómica y poder destinar parte de estos recursos a la subcuenta de Promoción de la Salud del Fondo de Solidaridad y Garantía, es decir, le compete definir el régimen de pagos compartidos.

El alcance normativo del artículo 172, numeral 7, parcial, coincide con el del 187 en la medida en que remite plenamente al contenido de éste. Es decir, su contenido no es otro que las funciones fijadas para el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud por el 187.

Es de observar que si bien el artículo 187 excede en contenido normativo al 172, numeral 7, parcial, lo contiene plenamente, es decir, en parte de su contenido normativo se encuentra la

totalidad del contenido normativo del artículo 172. Sin embargo, como a la Corte corresponde en la presente ocasión analizar la constitucionalidad del 172, numeral 7, parcial, la anterior diferencia no genera problema alguno en la declaratoria de cosa juzgada material. Asunto contrario sucedería si, hipotéticamente, la Corte hubiera analizado exclusivamente el artículo 172, numeral 7, parcial, y lo demandado en esta ocasión fuera el artículo 187. No obstante, esto no es así.

(3) Si existe cosa juzgada constitucional absoluta en relación con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 y el contenido normativo de este artículo es igual al del artículo 172, numeral, 7, parcial, es predicable la existencia de cosa juzgada material del segundo de los artículos.

Es de anotar que en el presente caso no se da ninguna de las excepciones señaladas en la parte considerativa para que a pesar de existir identidad de contenido normativo no se pueda predicar cosa juzgada material, a saber, la Sentencia C-542/98 no se trató de un fallo de forma sino de fondo –a pesar de que los problemas jurídicos de las demandas no sean idénticos40-; la disposiciones no tienen contenidos normativos semejantes mas dispares; no se ha variado el contexto de aplicación de la norma ni en términos jurisprudenciales –cambio de jurisprudencia de la Corte- ni en términos fácticos; no existen razones poderosas para variar el sentido del fallo inicial en cual el contenido normativo fue declarado exequible; como señaló el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, no se analiza la constitucionalidad de una omisión sino de una atribución incorrecta de competencias; y la norma no fue –ni pudo ser- analizada anteriormente bajo la Constitución de 1886, sino la de 1991.

En consecuencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional, tomando en consideración la declaratoria de exequiblidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993 –a excepción de la expresión “y la antigüedad de afiliación al sistema”-, declarará exequible el artículo 172, numeral 7, en lo relativo a la remisión al artículo 187 en lo referente a las competencias del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en material de definición del régimen de pagos compartidos.

Tal decisión, se enfatiza, se toma en virtud de que (i) existe cosa juzgada absoluta en relación con el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, (ii) existe identidad de contenidos normativos entre el artículo 172, numeral 7, parcial, y el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 –en cuanto la primera de las disposiciones está contenida en la segunda- y (iii), en consecuencia, se debe predicar la cosa juzgada material del artículo 172, numeral 7, parcial, en virtud de los dispuesto en la Sentencia C-542/98 en relación con el artículo 187.

Por último, es de precisar que la decisión de declaratoria de exequibilidad del artículo 172, numeral 7, parcial, se justifica, además, en virtud de la incoherencia normativa que se generaría en el Sistema General de Seguridad Social en Salud si se mantienen en el ordenamiento las competencias desarrolladas en el artículo 187 y, a su vez, se cuestiona la constitucionalidad del las mismas competencias que ya fueron encontradas ajustadas a la Constitución, reabriendo la discusión con la única razón de que éstas están mencionadas en otro artículo de la Ley 100 de 1993, a saber, el artículo 172, numeral 7.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 172, numeral 7, en lo relativo a la remisión al artículo 187 en lo referente a las competencias del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en material de definición del régimen de pagos compartidos.

SEGUNDO. INHIBIRSE de fallar sobre la constitucionalidad del artículo 172, numeral 7, en lo relativo a los artículos 160, numeral 3, y 164 de la Ley 100 de 1993, por ausencia de cargos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Presidente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA C-710 DE 2005 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

Referencia: expediente D-5624

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 172, numeral 7, y 187 de la Ley 100 de 1993, y el Acuerdo No. 260/04 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Magistrado Ponente:

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito presentar salvamento parcial de voto a la presente sentencia, por cuanto considero que era viable un pronunciamiento de fondo sobre el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 y, en ese caso, declarar inexequibles los apartes que se refieren al establecimiento de los pagos compartidos, por las mismas razones expuestas por el procurador General en su concepto.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

1 Para fundamentar lo señalado se remiten a lo dicho en la Sentencia C-577/95 según la cual "en lo atinente al método o procedimiento para la determinación de los costos según las reglas y los componentes que se especifican en el sistema, la Ley señaló que la determinación del costo per cápita ponderado de los servicios de salud incluidos en el plan de salud obligatorio se hará conforme a los criterios técnicos y los parámetros comerciales que consagra el artículo 182, los que se traducen en la llamada Unidad de Pago por Capitación."

2 Esto lo sostiene con base en el aparte jurisprudencial según el cual "Así pues, debe repararse en el hecho de que el cobro de la cuota moderadora con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, exigida al afiliado cotizante del régimen contributivo y a sus beneficiarios, con base en el ingreso base de cotización del primero, hace suponer una pertenencia de los mismos a un estrato socioeconómico con capacidad de pago, a partir de sus reales ingresos económicos. De manera que, a diferencia de lo planteado por el actor, el deber de cancelar las cuotas moderadoras por quienes están obligados a ello, según la estratificación socioeconómica de afiliación que tengan en el Sistema, y como mecanismo promotor de su buen uso, no impide el ejercicio del derecho a la salud ni la protección a la vida; por el contrario, los garantiza y no los hace objeto de una discriminación carente de fundamentos razonables u objetivos, como tampoco se convierte en una barrera de acceso

para los más pobres a los servicios de la atención en salud, que contradiga el principio de solidaridad."

3 Sentencia C-427 de 1996, Fundamento 2.

4 Cfr. Sentencia C-565/00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

5 Cfr. Sentencia C-250/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil

7 En la Sentencia C-301/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz se encontró que la norma demandada, producto de la actividad del legislador, debería ser estudiada de fondo, puesto que si bien se había analizado con anterioridad una disposición formalmente igual, ésta había sido expedida en un contexto plenamente diferente, puesto que había sido producto de las facultades excepcionales del ejecutivo en el marco de un estado de conmoción interior. En esa medida, si bien la disposición podía ser válida dentro del mencionado estado de excepción, bien podía no serlo dentro de parámetros de normalidad institucional. Señaló la Corte: "la repetición de los preceptos jurídicos declarados exequibles por la Corte Constitucional, por la misma autoridad y dentro del mismo estado de excepción objeto de la declaratoria, quedaría cubierto por la cosa juzgada. Sin embargo, esa reiteración llevada a cabo por un órgano diferente – Congreso – y por fuera del estado de excepción, no puede colocarse bajo el abrigo de una sentencia de exequibilidad proferida en el curso de la revisión oficiosa de los decretos dictados durante los estado de excepción."

8 Por el carácter excepcional de la segunda cuando se juzga un contenido normativo idéntico y por la particularidad de cada caso, se traerán a colación más ejemplos de esta hipótesis

9 Cfr. Sentencia C-458/02, M.P. Jaime Araujo Rentería

10 Auto A-174/2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

11 Cfr. Sentencia C-039/03, M.P. Manuel José Cepeda

12 Cfr. Sentencia C-211/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta ocasión se encontró que sí existía cosa juzgada material, por la identidad de contenidos normativos entre la norma declarada exequible y la ahora acusada. Para tal conclusión no fue indispensable que coincidieran exactamente los problema jurídicos de uno y otro caso, sino que se observaba que la Sentencia inicial sí había hecho un análisis completo a la luz de la Constitución de la disposición normativa demandada.

13 Ver Sentencia C-774/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil

14 Alexy, Robert. Precedent in the Federal Republic of Germany. En Interpreting Precedents, MacComick D. N. & Summers R. S, Editores. Editorial Darmouth, 1997, páginas 52 a 59.

15 Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

16 Sobre la aplicación del concepto de precedentes en sistemas no anglosajones y su relación con el concepto de cosa juzgada, en especial en Alemania, España, Francia e Italia, ver Neil MacCormick y Robert Summers (Ed) Interpreting precedents. París, Ashgate

Darmouth, 1997.

17 Sentencias C-131 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-083 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-123 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, SU-168 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

19 C-1216/01, MP: Jaime Araujo Rentería; C-1046/01, MP: Eduardo Montealegre Lynett; C-774/01, MP: Rodrigo Escobar Gil, C-1192/01 Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1216/01, MP: Jaime Araujo Rentería; C-782/99, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

20 Ver por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional: C-1216/01, MP: Jaime Araujo Rentería, C-782/99, MP: José Gregorio Hernández Galindo, en las que la Corte declaró la exequibilidad de las nuevas normas. En contraste con este tipo de decisiones, en algunos fallos, realmente pocos, una vez constatada la existencia de un fallo anterior, la Corte ha resuelto estarse a lo decidido, sin declarar la constitucionalidad de la nueva norma. Como ejemplos de esta aproximación excepcional se pueden ver las sentencias C-427/96, MP: Alejandro Martínez Caballero, C-094/98, MP: José Gregorio Hernández Galindo y C -1293/01, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

21 Ver por ejemplo las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-1046/00, MP: Eduardo Montealegre Lynett; C-774/01, MP: Rodrigo Escobar Gil; C-1192/01, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-266 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (salvamento de voto de Jaime Araujo R, Alfredo Beltrán S, Rodrigo Escoba G y Clara Inés Vargas).

22 En este proceso, dada la identidad del contenido normativo cuestionado y del cargo analizado, así como la subsistencia de las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a la decisión en la sentencia C-739 de 2000, estamos ante una cosa juzgada material de un fallo de exequibilidad y, en este caso, la Corte seguirá la ratio decidendi de dicho precedente por ser determinante para decidir la cuestión específica planteada en el presente proceso y por no encontrar razones poderosas para apartarse de él.

23 Cfr. Sentencia C-096/03

24 Sentencia C – 700 de 1999. En esta ocasión, la Corte había declarado exequible un decreto que contaba con 339 artículos sin haber hecho mención siquiera al mismo, ni haberlo cotejado individual o globalmente con la Constitución. Por tal motivo, la Corte encontró que existía cosa juzgada aparente y entró a pronunciarse de nuevo sobre disposiciones que sin labor considerativa alguna habían sido declaradas exequibles. En el mismo sentido C – 492 de 2000.

25 Tal concepto de cosa juzgada fue presentado, por primera vez, en la Sentencia C-478/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero, a pesar de no ser éste el objeto del caso bajo estudio en esa ocasión.

26 Auto 131 de 2000

27 Ver Sentencia C-774/01 En este fallo, a pesar de ya haberse estudiado la constitucionalidad de los contenidos normativos demandados, se optó por volver a analizarlos. La Corte entró a juzgar de nuevo las disposiciones, puesto que si bien se habían analizado la detención preventiva a la luz de la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal no se había examinado "las condiciones generales de procedencia de la detención preventiva" en contraste con la presunción de inocencia y la libertad personal. Además, puesto que encontró necesario clarificar y unificar el alcance de los mencionados principios para orientar debidamente la aplicación de la medida de aseguramiento. La Corporación dijo en la mencionada Sentencia: "No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la cosa juzgada constitucional, es necesario advertir, que de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de exequibilidad previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva – aún cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de "Constitución viviente" puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, – que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica". (subrayas ajenas al texto)

28 En relación con la cosa juzgada relativa explícita e implícita, la Corte ha señalado: "La cosa juzgada relativa se presenta de dos maneras: Explícita, cuando "…la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro..", es decir, es la propia Corte quien en la parte resolutiva de la sentencia limita el alcance de la cosa juzgada "…mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta…". Implícita, se presenta cuando la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutiva no se indique dicha limitación, "…en tal evento, no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutiva y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el entendido que sólo se ha analizado determinados cargos…" 28. Así mismo, se configura esta modalidad de cosa juzgada relativa, cuando la corte al examinar la norma constitucional se ha limitado a cotejarla frente a una o algunas normas constitucionales, sin extender el examen a la totalidad de la Constitución o de las normas que integran parámetros de constitucionalidad, igualmente opera cuando la Corte evalúa un único aspecto de

constitucionalidad; así sostuvo que se presenta cuando: "... el análisis de la Corte está claramente referido sólo a una norma de la Constitución o a un solo aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada". Corte Constitucional. Sentencia C-774-01, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

29 Subrayado por fuera del texto original.

30 Con respecto al caso concreto, la Corte encontró que existía cosa juzgada, motivo por el cual se estuvo a lo resuelto. Señaló la Corporación: "Las dos primeras sentencias versaron sobre un aparte del artículo 101 diferente al ahora demandado, por lo que no es posible afirmar la existencia de cosa juzgada sobre el aparte cuya constitucionalidad se cuestiona en esta oportunidad. Por su parte, la Sentencia C-484 de 2000 declaró la exequibilidad del artículo 101, salvo la expresión "cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello", que había sido declarada exequible en la Sentencia C-054/97. En dicha oportunidad, la Corte no otorgó efectos de cosa juzgada relativa a su decisión, ni en la parte resolutiva, ni lo hizo en la parte motiva. Por otra parte, tampoco observa la Corte que haya existido una cosa juzgada aparente, pues no observa que haya una total ausencia de pronunciamiento en torno al contenido normativo del texto demandado. Al contrario, la Corte tuvo oportunidad de analizar nuevamente dicha disposición en la Sentencia C-661/00, y se abstuvo de proferir un pronunciamiento de fondo, estándose a lo resuelto en la C-484/00.

Por lo anterior, se ordenará estarse a lo resuelto también en relación con el aparte del inciso primero del artículo 101 demandado en esta oportunidad." Salvó el voto el Magistrado Manuel José Cepeda al considerar que si bien había pronunciamiento sobre la disposición no sobre una de la normas derivadas que era la ahora cuestionada.

31 Ver Sentencia C-045/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

33 Auto 131 de 2000

34 Ver Sentencia C-774/01

35 Sentencia SU 039 de 1.998, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

36 Creado en el artículo 171 de la Ley 100 de 1.993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

37 En la Sentencia C-089/98 dijo la Corte: G. Pagos compartidos y cuotas moderadoras

El artículo 36, objeto de proceso, establece:

"Artículo 36. Pagos compartidos y cuotas moderadoras. Con el fin de racionalizar el uso de los servicios, los beneficiarios podrán estar sujetos a pagos compartidos y cuotas moderadoras según lo determine el CSSMP. Estos pagos en ningún caso se podrán constituir en barreras de acceso al servicio.

Parágrafo. Para la determinación de los pagos compartidos y las cuotas moderadoras, el

CSSMP deberá tomar como base los costos de los respectivos servicios. En todo caso, las cuotas moderadoras y los pagos compartidos no podrán superar el diez por ciento y el treinta por ciento, respectivamente, de dichos costos".

La norma es exequible en cuanto busca racionalizar el servicio, es decir, lograr que los usuarios sólo acudan a él cuando realmente lo necesiten y se abstengan así de congestionar inoficiosamente los centros de atención y el tiempo del personal médico y asistencial. Como su nombre lo indica, estos pagos y cuotas no implican que el Estado traslade a los usuarios las cargas económicas de los servicios que se prestan, sino que representan un mecanismo pedagógico sobre la utilización de los mismos, y un grado razonable de contribución propia a la financiación de la actividad que cumple el ente, lo que encuentra sustento en el principio constitucional de solidaridad.

Desde luego, ni la fijación de los estipendios a los que se refiere el artículo, ni el señalamiento sobre específica exigibilidad de los pagos compartidos y cuotas moderadoras pueden quedar en manos del Consejo Superior, como órgano administrativo, pues se repite que al tenor del artículo 49 de la Constitución, está reservada a la ley la fijación de los términos y condiciones de los aportes en materia de salud. Son inconstitucionales las referencias que dicen: "según lo determine el CSSMP", del inciso; "Para" y "…el CSSMP…", del parágrafo." (subrayas ajenas al texto)

38 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

39 El aparte "y la antigüedad de afiliación en el Sistema" fue declarado inexequible en la Sentencia C-542/98.

40 Lo cual, como se vio en la parte considerativa no es óbice para que se pueda presentar cosa juzgada material.