

**CONTROL DE LEGALIDAD – Decreto 965 de 24 de marzo de 2010.
Financiación de los planes obligatorios de salud en los regímenes
contributivo y subsidiado**

Dicho lo anterior y revisada la disposición en comento, la Sala considera que la misma se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico por cuanto, de una parte, siguió los parámetros y límites que debían ser observados al momento de su expedición, esto es, bajo el amparo del estado de excepción y, de otra, está subordinada al propio Decreto que reglamenta y no va mas allá de su contenido. Ciertamente, no se observa que las disposiciones allí contenidas limiten en modo alguno los derechos fundamentales de las personas o que afecten el núcleo esencial de otros, pues por el contrario buscaban remediar la discriminación entre los servicios prestados en el régimen contributivo y el régimen subsidiado de Salud. Para la Sala el decreto objeto de control no solo facilitaría la unificación de los servicios que se ofrecen en el régimen contributivo y subsidiado, sino también garantizaría la igualdad en la prestación de los servicios y la financiación del sistema integral de salud, de manera tal que se logre con características de permanencia. En este contexto, la Sala encuentra la evidente relación de conexidad entre el Decreto 965 de 2010 y los motivos que dieron lugar al mismo. Dentro de las razones para la declaratoria del estado de excepción, se adujo el incremento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS -, del régimen contributivo, lo cual compromete de manera significativa los recursos destinados a su aseguramiento generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud amenazando su viabilidad.

FUENTE FORMAL: LEY 137 DE 1994 – ARTICULO 20 / DECRETO LEY 132 DE 2010 / LEY 1122 DE 2007 / CONSTITUCION POLITICA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00390-00

Actor: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA – MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a efectuar el control inmediato de legalidad previsto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, respecto del Decreto No. 965 de 24 de marzo de 2010 *“por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 4° del Decreto Ley 132 de 2010 y se dictan otras*

disposiciones", expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio de la Protección Social.

I - . ANTECEDENTES

Mediante oficio recibido por la Presidencia de esta Corporación el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República remitió copia auténtica del Decreto Reglamentario de las medidas de excepción núm. 965 de 24 de marzo de 2010, para los efectos del control automático de legalidad que le compete realizar a la Sala Plena del Consejo de Estado conforme a la mencionada Ley 137 de 1994.

II- TEXTO DEL DECRETO OBJETO DEL CONTROL DE LEGALIDAD

El texto del Decreto sometido a revisión es del siguiente tenor:

“DECRETO 965 DE 2010

(MARZO 24 DE 2010)

por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 4° del [Decreto-ley 132 de 2010](#) y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las que le otorga el numeral 11 del artículo [189](#) de la [Constitución Política](#), en desarrollo del artículo 4° del [Decreto-ley 132 de 2010](#), y

CONSIDERANDO:

Que una de las motivaciones del [Decreto-ley 4975 de 2009](#), mediante el cual el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Social, es la necesidad de "... crear las condiciones institucionales, financieras, fiscales y operativas para la unificación de los Planes Obligatorios de Salud en los Regímenes Contributivo y Subsidiado, a través de un plan básico, sostenible y progresivo".

Que en desarrollo del [Decreto-ley 4975 de 2009](#), el Gobierno Nacional expidió el [Decreto Legislativo 132 de 2010](#), a través del cual se establecieron mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y para fortalecer los mecanismos de protección efectiva del derecho a la salud de las

personas, y se dictaron medidas extraordinarias en virtud de las cuales, al Gobierno Nacional le corresponde determinar la gradualidad de la unificación de los Planes Obligatorios de Salud para efecto de acelerarla y en esa medida a partir del año 2010 y de manera progresiva, incrementar el porcentaje de los recursos del Sistema General de Participaciones destinados a financiar el Régimen Subsidiado en Salud.

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto. El presente decreto tiene por objeto definir y reglamentar las condiciones para determinar la gradualidad de la unificación de los planes obligatorios de salud entre el Régimen Subsidiado y el Régimen Contributivo y la consecuente transformación de recursos, de conformidad con lo previsto en el artículo 4° del [Decreto-ley 132 de 2010](#).

Artículo 2°. Gradualidad de la unificación. La gradualidad de la unificación de los planes obligatorios de salud del Régimen Subsidiado y del Régimen Contributivo se implementará a partir de 2010 en los departamentos con los municipios que hagan parte de su jurisdicción, y en los distritos, que seleccionen los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social hasta cubrir todo el territorio nacional. En las entidades seleccionadas, la unificación se entiende como el acceso a la prestación de servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo definido por la Comisión de Regulación en Salud, CRES, y cubrirá a la población afiliada al Régimen Subsidiado y la población potencial elegible, de conformidad con las normas vigentes. Para los efectos, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social definirán conjuntamente los criterios y demás requisitos de selección de entidades territoriales, teniendo en cuenta, como mínimo, los siguientes:

a) Solicitud de la entidad territorial.

b) Haber solicitado ante el Consejo Superior de Política Fiscal - Confis Territorial o quien haga sus veces, la aprobación del Plan general financiero de la unificación de planes obligatorios de salud entre régimen subsidiado y contributivo, el cual incluirá el plan de transformación de recursos requerido para la unificación, en armonía con el literal b) del artículo 4° del [Decreto-ley 132 de 2010](#). El plan general deberá garantizar la sostenibilidad de la universalización y de la unificación de los planes obligatorios de salud entre el régimen subsidiado y contributivo, así como considerar todas las fuentes y los efectos financieros y fiscales que sobre la red pública de prestadores de servicios de salud cause la unificación. El Plan general deberá contar con el concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio de la Protección Social, entidades que deberán adelantar el seguimiento respectivo. Para la selección definitiva de una entidad territorial será indispensable contar con la aprobación del Confis Territorial o quien haga sus veces, a la solicitud aquí mencionada.

c) Haber logrado la cobertura universal del régimen subsidiado en salud, o haberla previsto en el plan general financiero de que trata el literal b) del presente artículo, entendiéndose por cobertura universal la definida en las normas vigentes.

Parágrafo 1°. En todo caso, bajo cualquier circunstancia, la entidad territorial competente para la gestión de la red pública hospitalaria será responsable de garantizar el equilibrio financiero de las Empresas Sociales del Estado de su

jurisdicción, dadas las condiciones de la unificación y de la transformación previstas en el presente decreto.

Parágrafo 2°. Para efectos del Plan general financiero las entidades territoriales deberán prever la financiación de las prestaciones excepcionales en salud en tanto entra en operación y funcionamiento el Fondo de Prestaciones Excepcionales en Salud (Fonpres) según lo previsto en el [Decreto-ley 128 de 2010](#) y demás contingencias asociadas a la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y actividades no cubiertas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (NO POS-S), en tanto se implementan la unificación y la transformación previstas en el presente decreto.

Parágrafo 3°. Los departamentos con sus municipios certificados en salud y los distritos, deberán presentar sus solicitudes de unificación de planes obligatorios de salud a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, incluyendo la solicitud de transformación de recursos del Sistema General de Participaciones, SGP, en el componente de prestación de servicios a la población pobre no asegurada y actividades no cubiertas en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado y de rentas cedidas, según el caso y el plan de transformación a que hace referencia el literal b) del presente artículo.

Parágrafo 4°. El cubrimiento de la población elegible de subsidio parcial estará sujeto al esquema de aporte complementario reglamentado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las competencias conferidas por el literal d) del artículo 14 de la [Ley 1122 de 2007](#).

Parágrafo 5°. Previo a las distribuciones totales o parciales del Sistema General de Participaciones para salud, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social deberán certificar al Departamento Nacional de Planeación, las entidades seleccionadas. Lo anterior aplicará a distribuciones correspondientes a la vigencia 2011 y posteriores.

Artículo 3°. Transformación de recursos. Las entidades territoriales seleccionadas deberán, en virtud de lo previsto por el artículo 4° del [Decreto-ley 132 de 2010](#) y lo dispuesto en el presente decreto, transformar las fuentes que financian la prestación de servicios de salud a la población pobre no asegurada y las actividades no cubiertas en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado de conformidad con el plan de transformación y con la solicitud de transformación de fuentes de las entidades territoriales a que hacen referencia el literal b) del artículo 2° y el parágrafo 3° del artículo 2° del presente decreto, respectivamente.

La entidad territorial deberá garantizar el mantenimiento de la transformación, de conformidad con el literal e) del artículo 11 de la [Ley 1122 de 2007](#). Para la sostenibilidad de la continuidad del régimen subsidiado incluida la unificación deberá aplicarse lo previsto por el artículo 50 de la [Ley 715 de 2001](#).

Parágrafo 1°. En todo caso, los recursos transformados para la financiación de los subsidios a la demanda del Régimen Subsidiado deberán girarse al patrimonio autónomo de que trata el artículo 1° del [Decreto-ley 132 de 2010](#), de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2°. Los aportes patronales hacen parte de la transformación de recursos destinados a financiar las prestaciones de servicios a la población pobre no asegurada y actividades no cubiertas en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, del Sistema General de Participaciones para Salud.

Artículo 4°. Base de transformación del Sistema General de Participaciones.

El porcentaje final del componente de régimen subsidiado del Sistema General de Participaciones de Salud de la vigencia respectiva será el resultado de considerar el monto equivalente al porcentaje inicial de distribución, más el monto total de recursos transformados por las entidades territoriales seleccionadas, dividido en el total de recursos destinados al Sistema General de Participaciones en Salud de la vigencia respectiva.

El porcentaje inicial del Sistema General de Participaciones que financiará el régimen subsidiado de la vigencia siguiente será el porcentaje final del Sistema General de Participaciones en salud de la vigencia anterior en el componente de Régimen Subsidiado.

Para el efecto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el de la Protección Social certificarán, en diciembre de cada año, al Departamento Nacional de Planeación el monto de los recursos efectivamente transformados.

Artículo 5°. Pruebas piloto. Con el fin de obtener información relevante sobre frecuencias de uso, costos, los impactos sobre la red pública hospitalaria, evasión y elusión y de los cálculos de suficiencia y sostenibilidad de la financiación de la unificación de los planes obligatorios de salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado, que sirva para la toma de decisiones de política pública, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social podrán aprobar pruebas piloto de unificación en entidades territoriales, por un término no inferior a seis (6) meses, para lo cual definirán conjuntamente los criterios y requisitos para la selección de las entidades territoriales, determinando, entre otros, la cobertura universal en el marco de las pruebas piloto, con base en la información certificada por la autoridad competente.

Artículo 6°. Plan General Financiero de Unificación de Planes Obligatorios de Salud entre Régimen Subsidiado y Contributivo. El Plan general financiero de que trata el literal b) del artículo 2° del presente decreto, tendrá como objetivo garantizar la capacidad fiscal y financiera de la entidad territorial para la sostenibilidad de la unificación de los planes obligatorios de salud, así como de la universalización del régimen subsidiado. El Plan deberá detallar:

i) Las fuentes de financiación del régimen subsidiado definidas por el artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 11 de la [Ley 1122 de 2007](#);

ii) Los recursos provenientes de la transformación del Sistema General de Participaciones (SGP) componente prestación de servicios para lo no cubierto con subsidios a la demanda y 18 DIARIO OFICIAL Edición 47.661 Miércoles 24 de marzo de 2010

la atención de la población pobre no asegurada y de las rentas cedidas de que trata el literal b) del artículo 4° del [Decreto-ley 132 de 2010](#);

iii) Los recursos de regalías, esfuerzo propio y demás que la entidad destine, o venga destinando, para la financiación de la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y actividades no cubiertas en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, así como la apropiación estimada por la generación de nuevas fuentes de recursos para unificación de planes de beneficios definidas en el Decreto-ley 127 de 2010.

Adicionalmente deberá contener como mínimo:

- a) Los objetivos de mediano plazo.
- b) La población a beneficiar.
- c) Las etapas y actividades a desarrollar.
- d) Las fuentes de financiación que se comprometen en armonía con el Marco Fiscal de Mediano Plazo de la entidad territorial, el cual deberá incluir el Plan de transformación de recursos para la unificación, indicando monto y término en el cual los recursos destinados a la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y las actividades no cubiertas en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado serán reorientados a la unificación de los planes obligatorios de salud.
- e) Las fuentes de financiación que garanticen la continuidad de la universalización del régimen subsidiado.
- f) El flujo financiero de fuentes y gastos asegurando la sostenibilidad de la afiliación de la población al régimen subsidiado, la unificación de planes obligatorios de salud, la prestación de servicios a la población pobre no asegurada y actividades no cubiertas en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, cuando aplique, y el desarrollo de acciones de salud pública. Este flujo deberá prever los recursos necesarios para compensar la disminución de recursos del Sistema General de Participaciones que se genere en la respectiva entidad territorial, por la transformación del componente de prestación, de acuerdo con el plan de transformación y según lo dispuesto en el artículo 50 de la [Ley 715 de 2001](#).
- g) El cálculo del impacto financiero en cada Empresa Social del Estado del nivel territorial en la jurisdicción conforme a su red prestadora de servicios, definiendo la estrategia de financiamiento del déficit, en caso de que lo hubiere, considerando el artículo 4° del Decreto-ley 133 de 2010.
- h) Disposiciones generales, para dar cumplimiento al plan.

Parágrafo. Las entidades que en la vigencia 2010, no unifiquen los planes obligatorios de salud, podrán hacer uso de los recursos previstos en el Decreto-ley 127 de 2010, de acuerdo con la reglamentación que se expida para tales efectos.

Artículo 7°. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.
Dado en Bogotá, D. C., a 24 de marzo de 2010.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

La Viceministra General, encargada de las funciones del despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público,
GLORIA INÉS CORTÉS ARANGO.

El Ministro de la Protección Social,
DIEGO PALACIO BETANCOURT.

El Director del Departamento Nacional de Planeación,

III - . CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.-. ALCANCE, REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD RESPECTO DE LAS MEDIDAS DE CARÁCTER GENERAL QUE SEAN DICTADAS EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y COMO DESARROLLO DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

De acuerdo con la Constitución Política y en aras de que el Gobierno Nacional contara con las herramientas necesarias para conjurar todos aquellos hechos excepcionales que perturben, amenacen o alteren en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, se le otorgó al Presidente de la República la posibilidad de declarar el estado de emergencia y así salvaguardar los intereses superiores de la comunidad. Durante ese período el Ejecutivo puede dictar los decretos que considere necesarios pero sólo con la finalidad de solucionar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

El ejercicio de esa prerrogativa va ligada indiscutiblemente a la plena observancia de los límites que el propio texto constitucional consagra. En efecto, la declaratoria de los estados de excepción no puede convertirse en un instrumento dirigido al desconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, al irrespeto de las reglas del derecho internacional humanitario, y mucho menos a la interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público o de los órganos del Estado, o a la supresión y/o modificación de los organismos y las funciones básicas de acusación y de juzgamiento.

De esta manera, la Carta Constitucional al regular esos estados, estatuyó diferentes mecanismos tanto políticos como jurídicos a los cuales debe someterse desde la decisión a través de la cual se declara el estado de emergencia, pasando

por los decretos legislativos y concluyendo con los decretos expedidos para la concreción de los fines dispuestos en los mismos. La finalidad de esos controles no es otra que la verificación formal y material del cumplimiento de los parámetros establecidos en el ordenamiento superior para su ejercicio.

Así, en lo que tiene que ver con el control jurídico y con fundamento en el literal e) del artículo 152 supra, se expidió la Ley 137 de 1995 – Estatutaria de los Estados de Excepción –, en cuyo artículo 20 consagró el control inmediato de legalidad de los actos administrativos de carácter general dictados en desarrollo de los plurimencionados estados. A la letra dicha disposición prescribe:

“ARTÍCULO 20. CONTROL DE LEGALIDAD. *Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.*

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición”.

La Corte Constitucional¹ al revisar la constitucionalidad de la referida disposición, recordó que el control es una medida a través de la cual se pretende impedir la aplicación de normas ilegales; en particular consideró lo siguiente:

“Pues bien, en los incisos primero y segundo del artículo que se revisa, se consagra el control automático de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, el cual será ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con la competencia que allí se fija. Estas disposiciones no atentan contra la Ley Suprema y, por el

¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 179 del 13 de abril de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

contrario, encajan dentro de lo contemplado en el artículo 237 de la Carta, que le atribuye al Consejo de Estado las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, al igual que el cumplimiento de las demás funciones que le asigne la ley.

Dicho control constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales (Negrillas y subrayado de la Sala).

Sobre el particular y como bien lo ha recalcado esta Corporación², la Ley 137 de 1994 pretendió “*instaurar un mecanismo de control automático de legalidad de los actos administrativos que opere de forma independiente de la fiscalización que lleva a cabo la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de los decretos legislativos que les sirven de fundamento, mecanismo aquél que funge como una garantía adicional de los derechos del ciudadano y de la legalidad abstracta frente al ejercicio de los inusuales poderes del Ejecutivo durante los estados de excepción (letra e) del artículo 152 constitucional*”.

En efecto, se trata nada más y nada menos que de un mecanismo que tiene como propósito verificar que las decisiones y/o determinaciones adoptadas en ejercicio de esa función administrativa se encuentren dentro de los parámetros, finalidades y límites establecidos.

Se debe pues analizar la existencia de la relación de conexidad entre las medidas adoptadas dentro del acto objeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia, así como su conformidad con las normas superiores en que se fundamenta.

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de octubre de 2009, Rad.: 2009 - 00549, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Entonces, éste supone el examen de lo relativo a la “*competencia de la autoridad que lo expidió, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas expedidas en el marco del estado de excepción*”³.

2. LA COMPETENCIA

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 del 2 de junio de 1994, “*por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia*”, las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo del lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o por el Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

En este sentido y como quiera que el Decreto No. 965 de 24 de marzo de 2010, objeto del control de legalidad, fue dictado por el Presidente de la República – Ministerio de la Protección Social, autoridades del orden nacional, la competencia para conocer del presente asunto según la disposición citada es de esta Corporación.

Se resalta que si bien es cierto que el decreto fue expedido en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto – Legislativo No. 132 de 2010, el cual fue declarado inexecutable, también lo es que ello no impide a la Sala efectuar un estudio de fondo del mismo, en razón a los efectos jurídicos que hubiera podido producir el acto durante su vigencia, esto es, antes de tal declaratoria por parte de la Corte Constitucional, además cuando existen otras disposiciones que le sirven de fundamento y otras que no se invocan pero que se relacionan con la temática.

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad.: 2010 - 00196, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Justamente, el control de legalidad que le corresponde al Consejo de Estado debe realizarse de acuerdo con las circunstancias vigentes al momento de su expedición sin que sean relevantes “los fenómenos que afectan su fuerza ejecutoria”⁴. En otras palabras, como “la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, su eventual decaimiento no trae aparejado el juicio de legalidad, indispensable para la determinación de la validez de los efectos jurídicos que llegó a producir”⁵.

3. NORMATIVA CON LA CUAL SE DEBE CONFRONTAR EL DECRETO NO. 965 DEL 24 DE MARZO DE 2010, EN ARAS DE DETERMINAR SI SE AJUSTA O NO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Con la finalidad de identificar el conjunto normativo con el cual debe confrontarse el varias veces mencionado Decreto 965 de 2010 a efectos de determinar si se ajusta o no a Derecho, resulta pertinente traer las siguientes consideraciones realizadas por esta Corporación:

*“El poder de reglamentación, tal como lo instituyó el Constituyente de 1991, que en este campo difiere sustancialmente del contenido en la Carta del 86, puede provenir de diferentes fuentes, a saber: el Presidente de la República, los entes que forman parte de la Administración, o los organismos constitucionales autónomos. **De conformidad con el artículo 189-11 de la Constitución, el Presidente de la República tiene asignada, en forma genérica, la denominada potestad reglamentaria que, como su nombre lo indica, lo faculta para reglamentar las leyes.** Dice así la norma citada: “Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República, como jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”.*

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad.: 2010 - 00196, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ *Ibídem*, Véase entre otras las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Rad.: 2009 - 00549, del 20 de octubre de 2009, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Rad.: 2010 - 00386, Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

Esta atribución, no es ilimitada, pues está sujeta a la Constitución y al contenido de la misma ley que se va a reglamentar (...) Dicho poder de reglamentación tiene como propósito fundamental hacer operativa la ley, es decir, permitir que ella tenga cumplida ejecución. No sobra recordar que esta función no puede ser delegada ni transferida a ningún otro funcionario o entidad pública y mucho menos privada, pues ella es exclusiva del Presidente de la República y así debe ejercerla⁶ (Negrillas de la Sala).

Siguiendo los anteriores lineamientos se tiene que dicho decreto debe estar acorde con la Constitución y con las normas que le han servido de fundamento, en particular no puede ir más allá de la disposición que va a reglamentar.

En relación con las normas con rango de Ley que deben ser observadas a la hora de analizar el Decreto objeto de control, se encuentra por un lado la Ley 137 de 1994 – Estatutaria de los Estados de Excepción – y por el otro, los decretos legislativos proferidos de conformidad con la declaratoria del estado de emergencia social por parte del Gobierno Nacional, en especial, el Decreto-Ley 132 de de 2010, reglamentado por el acto administrativo estudiado en el sub lite.

En lo que tiene que ver con la primera de ellas, resulta de suma importancia hacer referencia a los artículos 5 a 15 de la misma, los cuales establecen los parámetros y límites que deben ser tenidos en cuenta al momento de declarar un estado de excepción:

“ARTÍCULO 5o. PROHIBICIÓN DE SUSPENDER DERECHOS. *Las limitaciones a los derechos no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos humanos y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún Estado de Excepción.*

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De todas formas se garantizarán los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política”.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 9 de marzo de 2006, Rad.: 2001 - 00213, Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

“ARTÍCULO 6o. AUSENCIA DE REGULACIÓN. *En caso que sea necesario limitar el ejercicio de algún derecho no intangible, no tratado en la presente ley, no se podrá afectar su núcleo esencial y se deberán establecer garantías y controles para su ejercicio”.*

“ARTÍCULO 7o. VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO. *En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración. Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades”.*

“ARTÍCULO 8o. JUSTIFICACIÓN EXPRESA DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO. *Los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hacen necesarias”.*

“ARTÍCULO 9o. USO DE LAS FACULTADES. *Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley”.*

“ARTÍCULO 10. FINALIDAD. *Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”.*

“ARTÍCULO 11. NECESIDAD. *Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente.*

“ARTÍCULO 12. MOTIVACIÓN DE INCOMPATIBILIDAD. Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

“ARTÍCULO 13. PROPORCIONALIDAD. Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad”.

“ARTÍCULO 14. NO DISCRIMINACIÓN. Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Lo anterior no obsta para que se adopten medidas en favor de miembros de grupos rebeldes para facilitar y garantizar su incorporación a la vida civil. La Procuraduría General de la Nación, en desarrollo de su función constitucional, velará por el respeto al principio de no discriminación consagrado en este artículo, en relación con las medidas concretas adoptadas durante los Estados de Excepción. Para ello tomará medidas, desde la correctiva, hasta la destitución, según la gravedad de la falta y mediante procedimiento especial, sin perjuicio del derecho de defensa.

“ARTÍCULO 15. PROHIBICIONES. Además de las prohibiciones señaladas en esta ley, en los Estados de Excepción de acuerdo con la Constitución, no se podrá: a) Suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales; b) Interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado; c) Suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento”.

Y, de otro lado, en lo atinente al decreto legislativo al cual debe acatamiento el acto administrativo analizado, la Sala encuentra lo siguiente: El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 215 de la Constitución Política, expidió el Decreto Legislativo 4975 del 23 de diciembre de 2009, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia Social por haber considerado que existía un abrupto y acelerado crecimiento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, y donde se encontraban comprometidos de manera significativa los recursos

destinados al aseguramiento al Sistema General Social en Salud. El Decreto en mención a la letra dispuso:

“Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política, el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de emergencia por términos hasta de treinta días, que sumados no pueden exceder de noventa días en el año calendario;

Que los artículos 48 y 49 de la Constitución Política consagran los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud;

Que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la salud es un derecho fundamental autónomo, que requiere por parte del Estado la garantía de su goce efectivo para todos los habitantes del territorio nacional y que es susceptible de limitaciones, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, dentro del marco de la dignidad humana, el reconocimiento de las realidades socioeconómicas de las personas y la capacidad financiera del Estado;

Que para garantizar la prestación del servicio de salud, el Legislador creó, entre otros, el Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante la Ley 100 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 1122 de 2007, el cual se compone de dos regímenes, Contributivo y Subsidiado, mediante los cuales se accede a los beneficios contenidos en los respectivos Planes Obligatorios de Salud que deben ser definidos por la Comisión de Regulación en Salud, CRES;

Que el Sistema debe suministrar, por fuera del aseguramiento obligatorio, medicamentos y servicios no incluidos en los Planes de beneficios, lo cual actualmente es financiado a través del mecanismo de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud, en el Régimen Contributivo ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, y en el Régimen Subsidiado ante las Entidades Territoriales, sin que el Estado cuente con los mecanismos para identificar adecuadamente situaciones de abuso en la demanda de estos servicios;

Que los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud no estaban previstos en la Ley 100 de 1993 ni fueron incorporados en los cálculos económicos realizados para la aprobación de la misma, sin embargo, la prestación de estos medicamentos y servicios se ha venido generalizando, de manera sobreviniente e inusitada lo cual pone en riesgo el equilibrio del Sistema;

Que el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud comprometen de manera significativa los recursos destinados al aseguramiento generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por ende, amenaza su viabilidad, poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida;

Que en efecto, tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado se ha observado que algunos reguladores y agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud incentivan la demanda o la oferta de servicios de salud por fuera de los incluidos en los planes de beneficios, sin consideración a criterios de efectividad, sostenibilidad, costo eficiencia, racionalidad en el uso de los servicios y recursos, como tampoco a la propia capacidad socioeconómica de los pacientes, con el consecuente aumento acelerado en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los. Planes Obligatorios de Salud y el incremento ostensible de los costos del sistema;

Que como prueba de ello se tiene que, en el Régimen Contributivo, el número de cobros presentados al FOSYGA por eventos NO POS se incrementó de un número de 835.000 en 2007 que implicaron un valor pagado de \$626 mil millones a precios de 2007 a un número de cobros presentados del orden de 2.000.000 por un valor pagado de \$1.85 billones con corte a 2009. El crecimiento que reflejan estas cifras alcanza un 239% en el caso del número de cobros radicados mientras que el valor presenta un crecimiento del 280%;

Que la situación antes descrita atenta contra la equidad que debe caracterizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En efecto, en lo corrido del año 2009, 376.000 personas afiliadas al Régimen Contributivo, han obtenido beneficios no incluidos en el Plan

Obligatorio de Salud, por un valor aproximado con cargo al FOSYGA de \$1.8 billones, mientras que el aseguramiento para los cerca de 18 millones de afiliados en este régimen se proyecta que ascienda para el año 2009 a un monto del orden de los 10 billones de pesos;

Que además, recientemente, de acuerdo con la información aportada por Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo, Afidro, se ha logrado evidenciar por una parte, que para algunos medicamentos el valor del recobro al FOSYGA excede notablemente el precio de venta del laboratorio y, por otra parte, que en algunos casos, el número de medicamentos recobrados es superior al número de unidades oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios;

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

Que los Departamentos y el Distrito Capital han informado al Gobierno Nacional sobre un incremento significativo en el número de los medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y prevén, o algunos ya padecen, un grave déficit de recursos para la prestación de estos servicios, así como de los servicios de las personas pobres y vulnerables no aseguradas;

Que como prueba de lo anterior, de acuerdo con el reporte de 32 departamentos y 4 Distritos, en el último año, el déficit corriente por prestación de servicios de salud, más que se duplicó frente al año anterior, pasando de \$409.187 millones en 2008 a un valor estimado de \$885,237 millones en 2009, con un crecimiento de 116%; situación que se ha deteriorado en los últimos meses y las estimaciones para el corte del mes de diciembre de 2009, según reporte de los mismos, arroja que el déficit corriente proyectado se incrementará en un 129%;

Que las dificultades expresadas por las entidades territoriales han tenido un efecto directo en las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas y privadas, poniendo en riesgo el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional. En efecto, según la información

reportada por Gestarsalud, entidad que agremia a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, en marzo de 2009, las cuentas por cobrar de sus entidades asociadas a las entidades territoriales por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud ascendía a \$3.726 millones y en septiembre del mismo año dichas cuentas alcanzaron un monto de \$37.226 millones, lo cual representa un incremento de 899% en los últimos seis meses;

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

Que de conformidad con lo expresado por las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, como consecuencia de todo lo anterior, en los últimos meses, se ha agravado de manera profunda la situación financiera en atención a las limitaciones propias del proceso para el giro de los recursos lo cual amenaza grave e inminentemente la continuidad en la prestación del servicio de salud. Esta situación se corrobora con los resultados del más reciente estudio de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, a junio de 2009, según el cual las cuentas por cobrar de una muestra de 115 instituciones a las entidades territoriales asciende a \$529.000 millones, del cual el 59% tiene un atraso mayor a 90 días;

Que, como evidencia de lo anterior, se observa un incremento ostensible de la cartera hospitalaria en todo el país, tal y como se puso de manifiesto por algunos departamentos durante el Consejo de Ministros ampliado con los Gobernadores llevado a cabo en la ciudad de Manizales el día 19 de noviembre de 2009;

Que, asimismo, según lo manifestado por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, el estado de la cartera con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo ha venido aumentando significativamente como consecuencia de la prestación de los servicios incluidos y no incluidos en los planes de beneficios, reflejándose en un cambio súbito en la tendencia a la disminución que traía dicha cartera

en los últimos años. En efecto, según el estudio de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas antes mencionado, las cuentas por cobrar alcanzan \$3.57 billones, de los cuales 51.2% corresponde a cartera con más de 90 días de antigüedad. En el Régimen Contributivo el deterioro a junio de 2009 es evidente ya que el porcentaje de cartera con más de 90 días de vencida se incrementa en 15 puntos porcentuales; en el Régimen Subsidiado dicho porcentaje se incrementó en cerca de 8 puntos porcentuales en el mismo periodo;

Que la población del Régimen Subsidiado encuentra en la territorialidad del aseguramiento, una barrera que dificulta el acceso a los servicios de salud;

Que adicionalmente a todo lo anterior, algunos de los recursos disponibles para la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no se han podido incorporar oportunamente al flujo, en consideración a que resultan insuficientes los trámites y procedimientos legales previstos para su reconocimiento, y en algunos casos a la inexistencia de mecanismos expeditos para la solución de controversias entre los diferentes actores, agravando el problema de iliquidez de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud;

Que en el mismo sentido y de acuerdo con los informes de los organismos de control, se observa, de manera grave, que en algunos casos los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sector salud se han destinado a fines diferentes a los mismos;

Que los hechos descritos en el presente decreto desbordan la capacidad y los mecanismos preventivos, sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del sector salud necesarios para la protección eficaz del goce efectivo del derecho a la salud en todo el territorio nacional, tal como lo ha señalado la Procuraduría General de la Nación en el informe "El Derecho a la Salud";

Que, finalmente, frente al referido aumento de los gastos, los ingresos del Sistema resultan insuficientes para la atención de la demanda de servicios y medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, a lo cual se agrega que el Sistema debe, prioritariamente, sostener los niveles de aseguramiento logrados, así como cumplir con la universalización de la cobertura y con el diseño de

un plan de beneficios común a ambos regímenes que comprenda las prioridades básicas de salud, según lo ordenado por la Honorable Corte Constitucional;

Que de mantenerse la tendencia observada en el pasado reciente en el crecimiento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, en el Régimen Contributivo, se estima que en el primer semestre de 2010, los excedentes a los cuales ha tenido que recurrir el FOSYGA para atender dicha demanda, se agotarán;

Que de mantenerse las actuales condiciones, se identifica una elevada probabilidad de que se materialicen algunos de los siguientes riesgos: cierre de hospitales públicos, quiebra de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud, inviabilidad financiera de entidades territoriales, cesación de pagos al talento humano en salud y demás proveedores, así como la consecuente parálisis de la prestación de los servicios de salud, con lo cual se afectaría de manera grave el goce efectivo del derecho a la salud para todos los habitantes del territorio nacional;

Que por ende, el orden social del país se encuentra gravemente amenazado, toda vez que se ha deteriorado de manera rápida e inusitada la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por lo tanto, está en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y la universalización del aseguramiento, con mayores repercusiones sobre la población pobre y vulnerable;

Que siendo la salud una condición indispensable para la realización del derecho a la vida humana, la parálisis total o parcial en la prestación de los servicios de salud podría llevar a una situación de calamidad y catástrofe social con profundas implicaciones para el bienestar de todos los colombianos;

Que para conjurar la situación antes descrita así como la extensión de sus efectos se hace urgente adoptar medidas legales, extraordinarias e integrales, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para contrarrestar las causas que generan esta situación de crisis, así como de los factores que lo agudizan;

Que si bien la Ley 1122 de 2007 contiene una serie de avances en la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud tanto en la racionalidad de la definición de los planes de beneficios, la financiación, el flujo de recursos, la prestación de los servicios, la protección de los afiliados y la inspección, vigilancia y control, las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma, han resultado insuficientes;

Que las medidas de carácter administrativo adoptadas por el Gobierno Nacional y otras autoridades en ejercicio de sus facultades ordinarias, se han revelado insuficientes para conjurar la crisis que atraviesa el sector salud, lo cual amenaza con perturbar grave e inminentemente el orden social;

Que con el ánimo de ayudar a enfrentar esta situación, el Gobierno Nacional y el Congreso de la República acordaron incorporar en el presupuesto del año 2010 cerca de \$300.000 millones y para el año 2009, se desplazaron \$53.000 millones. Estos recursos, de acuerdo con lo expresado por los Gobernadores, ayudan a aliviar la situación en el corto plazo, pero no son suficientes para resolver la situación;

Que para conjurar la situación descrita es indispensable adoptar medidas inmediatas tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso, condiciones, límites, fuentes de financiación y mecanismos para la prestación de servicios de salud y provisión de medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

Que, en medio de las críticas circunstancias descritas, se requiere crear las condiciones institucionales, financieras, fiscales y operativas para la unificación de los Planes Obligatorios de Salud en los regímenes Contributivo y Subsidiado, a través de un plan básico, sostenible y progresivo;

Que para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de toda la población, en especial la más pobre y/o vulnerable, se impone adoptar medidas inmediatas tendientes a procurar el acceso oportuno y efectivo a los servicios previstos en los planes de beneficios, las actividades de promoción y prevención, y la universalidad del aseguramiento;

Que se necesita crear instrumentos para lograr que el Sistema tenga mayor equidad y oportunidad en la distribución, asignación y flujo de los recursos tanto en el Régimen Contributivo como en el Subsidiado, así como más transparencia y eficiencia en la gestión de los mismos, de tal manera que se eviten o corrijan las fallas, demoras y desviaciones injustificadas en el uso de los recursos, además de crear unas reglas de priorización de destinación de los mismos y asegurar que su objetivo sea preservado hasta su utilización final;

Que es necesario adoptar medidas excepcionales para reasignar, redistribuir y racionalizar los recursos y las fuentes de financiación del Sistema o del sector salud, fortalecer los mecanismos de control a la evasión y elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector y crear nuevas fuentes, con el fin de evitar su inminente desfinanciación y garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud;

Que, de conformidad con lo anterior, es igualmente necesario optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos originados en la explotación de los monopolios de juegos de suerte y azar y licores, vinos y aperitivos, así como los provenientes de los cigarrillos y tabaco elaborado, las cervezas, sifones y refajos y, los de otras fuentes;

Que es imprescindible establecer un marco regulatorio, así como fortalecer la Comisión de Regulación en Salud, para que las decisiones que inciden en los contenidos de los Planes Obligatorios de Salud, y/o en el equilibrio financiero de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, se armonicen con los principios constitucionales que regulan el Sistema;

Que para asegurar que los recursos destinados a la salud estén dirigidos efectivamente a atender las prioridades definidas en el plan de beneficios, es necesario establecer criterios que conduzcan a que los médicos tratantes sigan los parámetros aceptados por la comunidad médica con el fin de que los servicios de salud beneficien a los usuarios dentro de criterios de racionalidad, costo-efectividad y evidencia técnico-científica, dentro de las condiciones medias de calidad y tecnología existentes en el país;

Que se necesita implementar medidas que permitan revisar y racionalizar la actuación de los diversos reguladores y agentes del Sistema, entre otros, de los médicos tratantes, los usuarios con y sin capacidad de pago, los empleadores, las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los diversos proveedores de bienes y servicios asociados a dicha prestación, en materia de ordenación, acceso, suministro y reconocimiento de servicios y medicamentos incluidos o no en los Planes Obligatorios de Salud, así como establecer medidas preventivas, de recuperación de recursos y punitivas para responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales;

Que es imprescindible adoptar medidas para que los recursos del Sistema que, por múltiples razones, no se han incorporado en su flujo, cumplan su finalidad constitucional, y las necesarias para la solución de las controversias presentadas entre los diferentes actores del Sistema;

Que es necesario adoptar las medidas tendientes a fortalecer los mecanismos de protección efectiva del derecho a la salud de las personas, así como robustecer las actividades de Inspección, Vigilancia y Control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del Sistema“.

Con ocasión a su declaratoria y dando cumplimiento a lo establecido en la Constitución, la Sala Plena de la Corte Constitucional realizó el control automático del transcrito Decreto Legislativo, como resultado del mismo dicha Corporación decidió declararlo inexecutable a través de la sentencia C-252 del 16 de abril de 2010⁷. La parte resolutive fue del siguiente tenor:

“Primero. Declarar *INEXEQUIBLE* el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, “Por el cual se declara el estado de emergencia social”.

En relación con su inexecutable y con los efectos de la sentencia la Corte consideró:

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- 252 del 13 de abril de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio.

“En el presente caso, el decreto declaratorio del estado de emergencia social se ha encontrado contrario a la Constitución Política, por cuanto no logró demostrarse la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico); si bien la situación reviste de gravedad no resulta inminente (presupuesto valorativo); y el Gobierno dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática que expone en salud (juicio de suficiencia).

No obstante, **al reconocer la Corte la presencia de una situación que reviste de “gravedad” consistente en los problemas financieros que aquejan de tiempo atrás el funcionamiento del sistema de salud, se justifica constitucionalmente que algunos de los decretos de desarrollo mantengan una vigencia temporal.**

Frente al vacío legislativo que se genera con la inconstitucionalidad sobreviniente de los decretos de desarrollo, resulta imperioso que los que hubieren **establecidos fuentes tributarias de financiación del sistema de salud, puedan continuar vigentes por un plazo prudencial, en aras de no hacer más gravosa la situación que enfrenta el sistema de salud y poder garantizar de manera provisoria mayores recursos para el goce efectivo del derecho a la salud, especialmente con destino a quienes por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.**

Esta Corporación **no puede ignorar las graves consecuencias, socialmente injustas y notoriamente opuestas a los valores, principios y derechos constitucionales,** que se derivarían de la abrupta e inmediata pérdida de vigencia de todas las medidas expedidas en uso de las facultades de excepción.

El conceder un plazo adicional de vigencia a algunos decretos de desarrollo persigue equilibrar en parte y así sea a corto plazo, las finanzas del sistema de salud para garantizar la prestación adecuada y oportuna del servicio. Tiempo que permitirá un mayor espacio al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a efectos de tramitar con la mayor prontitud posible las medidas legislativas y reglamentarias necesarias que busquen estabilizar definitiva e integralmente las distintas problemáticas que enfrenta el sistema.

Así, en cumplimiento de su misión de ser un conciliador del derecho positivo con los dictados de la equidad propios de una situación concreta, se dispondrá que los efectos de la presente sentencia se difieran respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud.

La Corte determina que para el cabal cumplimiento de esta sentencia y la adecuada destinación de los recursos tributarios que se recauden, los órganos de control y, en particular, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, realizarán los seguimientos tanto respecto de su parte motiva como de la resolutive.

Conforme a lo señalado, el plazo durante el cual mantendrán su vigencia los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias de financiación, así como el destino de dichos recursos, serán determinados por la Corte en los respectivos fallos sobre dichos decretos.

La Sala adopta la decisión de diferir los efectos de su fallo en la materia puntualmente indicada, teniendo en cuenta las condiciones específicas del caso que se analiza. Así pues, de repetirse la situación actual, luego de que el poder Ejecutivo conoce las reglas establecidas por la jurisprudencia y la forma como las mismas son aplicadas, corresponderá a la Sala, en esa situación concreta, definir si corresponde o no tomar la excepcional decisión de diferir los efectos de lo que se resuelva” (Negrillas y subrayado de la Sala).

La misma suerte corrió el Decreto Ley No. 132 de 2010, por el cual se dictaron disposiciones “*para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, **en desarrollo del mencionado Decreto [4975 del 23 de diciembre de 2009](#)**. Justamente, la Corte Constitucional en sentencia C-374 del 19 de mayo de 2010, lo declaró inexecutable, al efecto consideró lo siguiente:

Debería la Corte Constitucional pronunciarse de fondo sobre la exequibilidad del Decreto legislativo 132 de 2010. Sin embargo, en la sentencia C-252 de 2010 se resolvió declarar la inexecutable del Decreto 4975 de 2009, mediante el cual se declaró el estado de

emergencia social y se dio sustento jurídico al Decreto legislativo que se estudia.

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

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

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

Visto lo anterior, la Corte concluyó que ninguna de las disposiciones del Decreto 132 tenían la virtualidad de establecer fuentes tributarias orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud.

4. LOS PRESUPUESTOS Y EL CONTEXTO A CUYA LUZ DEBE EXAMINARSE EL DECRETO NO. 965 DE 24 DE MARZO DE 2010

Las normas que inciden en el estudio de la legalidad del decreto analizado son, para la Sala, las siguientes:

La Constitución Política en su artículo 48 prevé expresamente que todos los ciudadanos tienen derecho irrenunciable a acceder al Sistema de Seguridad Social, entre ellos, el de Salud. Por su parte, el artículo 49 dispone que corresponde al Estado garantizar la atención en salud, la cual podrá ser prestada por el Estado o por particulares.

A través de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, se fijó el régimen propio del Sistema de Seguridad Social Integral, entre ellos el de Salud.

También se tiene como referencia legal de la prestación del servicio de Salud y, específicamente, sobre los planes Obligatorios de Salud, la Ley 1122 de 2007. En los artículos 9 a 13, se estableció lo relacionado con la financiación de los Planes Obligatorios de Salud, que es el tema regulado por medio del Decreto que se estudia.

Por su parte, el artículo 7° de la citada Ley 1122, dispone expresamente que es la Comisión de Regulación en Salud, la entidad encargada de expedir el Plan Obligatorios de Salud, tanto al Régimen Contributivo como al Régimen Subsidiado.

En cumplimiento de dicho mandato legal, la Comisión expidió el Acuerdo 8 de 2009, por medio del cual, entre otras disposiciones, se fija el Plan Obligatorios de Salud para los regímenes contributivo y subsidiado.

Con ocasión de la declaratoria del estado de emergencia social - Decreto 4975 de 2009-, se expidió el Decreto Legislativo 132 de 2010, el cual en su artículo 4° modificó el literal a) del numeral 1) del artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 que previamente había reformado el artículo 214 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 17. Se resalta que el literal a) del artículo 214 había sido adicionado por el artículo 17 de la Ley 1151 de 2007.

A la letra el artículo 4° establece lo siguiente:

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

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

el régimen subsidiado y contributivo que determine el Gobierno Nacional, sin superar el 90%.

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

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 965 de 24 de marzo de 2010 *“por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 4° del Decreto Ley 132 de 2010 y se dictan otras disposiciones”*, el cual fue remitido por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República a esta Corporación en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 137 de 1994.

En este contexto, procederá la Sala al estudio del Decreto a fin de decidir sobre su legalidad.

4.1. EXAMEN DE LOS REQUISITOS DE FORMA DEL DECRETO ANALIZADO

En lo atinente a los requisitos de forma del Decreto 965 de 2010, la Sala encuentra que el mismo fue expedido por el Presidente de la República, con la firma del Ministro cuya cartera tiene interés en la decisión contenida en el acto administrativo, esto es, por el Ministro de la Protección Social. Por lo anterior, el Decreto se ajusta a esa exigencia de naturaleza constitucional – artículo 115 - que establece que ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de ministros y directores de departamentos administrativos y aquéllos expedidos en su calidad de jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, *“tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente”*.

Resulta pertinente precisar que la determinación del Ministro o Director de Departamento que debe suscribir conjuntamente con el Presidente de la República el acto no siempre es sencilla, toda vez que la temática tratada en los actos administrativos puede ser muy variada o compleja.

En el sub lite, la Sala observa que no resulta difícil llegar a esa conclusión, habida cuenta que el Decreto objeto de control se refiere a la financiación de los Planes Obligatorios de Salud, expedido teniendo en cuenta el artículo 4° del Decreto Legislativo 132 de 2010, disposición ésta dictada dentro del marco del estado de excepción de emergencia social dirigido a optimizar los recursos existentes, con el fin de que se incorporen en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para la financiación de los servicios que éste cubre y pueda presentarse la *“unificación de los planes obligatorios de salud entre el régimen subsidiado y contributivo que determine el Gobierno Nacional”*.

De esta manera, resulta evidente que la materia tratada en el plurimencionado Decreto se circunscribe al ámbito competencial del Ministerio de la Protección Social – *hoy Ministerio de Salud y Protección Social* -, entidad que a la luz del ordenamiento jurídico vigente le corresponde orientar el Sistema de Protección Social y el Sistema de Seguridad Social hacia su integración y consolidación, con el objeto de lograr cubrimiento integral del riesgo y brindar asistencia social a la población colombiana.

Finalmente, se advierte que el mismo cumple con los demás elementos exigidos, tales como i) *el encabezado, número y fecha*, ii) *el epígrafe – resumen de las materias reguladas*, iii) *la competencia, esto es, la referencia expresa de las facultades que se ejercen*, iv) *contenido de las materias reguladas – objeto de la disposición*, v) *parte resolutive* y vi) *vigencia y derogatorias*.

4.2. EXAMEN MATERIAL Y DE CONTENIDO DE LA DECISIÓN OBJETO DE CONTROL

El Decreto Ley 4975 de 2009, pretendía *“...crear las condiciones institucionales, financieras, fiscales y operativas para la unificación de los Planes Obligatorios de Salud en los Regímenes Contributivo y Subsidiado, a través de un Plan Básico, sostenible y progresivo”*.

En complemento de lo anterior, el Decreto Ley 132 de 2010, procuraba establecer mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Por su parte, el Decreto objeto de control pretende “...definir y reglamentar las condiciones para determinar la gradualidad de la unificación de los planes obligatorios de Salud entre el Régimen subsidiado y el Régimen Contributivo...”.

Dicho lo anterior y revisada la disposición en comento, la Sala considera que la misma se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico por cuanto, de una parte, siguió los parámetros y límites que debían ser observados al momento de su expedición, esto es, bajo el amparo del estado de excepción y, de otra, está subordinada al propio Decreto que reglamenta y no va mas allá de su contenido.

Ciertamente, no se observa que las disposiciones allí contenidas limiten en modo alguno los derechos fundamentales de las personas o que afecten el núcleo esencial de otros, pues por el contrario buscaban remediar la discriminación entre los servicios prestados en el régimen contributivo y el régimen subsidiado de Salud.

Además, la medida como tal no ha desconocido las prohibiciones señaladas en la Ley 137 de 1994, esto es, las consagradas en el artículo 15, las cuales se encuentran relacionadas con la suspensión de los derechos humanos y/o libertades fundamentales, interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado, o la supresión o modificación de los organismos y funciones básicas de acusación y juzgamiento.

De otra parte, es claro que el acto encuentra sustento jurídico en el artículo 4^o del Decreto 132 de 2010⁹, disposición que modificó el literal a) del numeral 1) del

⁸ ARTÍCULO 4o. TRANSFORMACIÓN DE RECURSOS. <Decreto INEXEQUIBLE> Modifíquese el literal a) del numeral 1) del artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 que modificó el artículo 214 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 que reformó el artículo 214 de la Ley 100 de 1993, norma relacionada con el Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo que el contenido normativo del acto objeto de control constituye un adecuado desarrollo del mencionado artículo 4º, al regular la financiación de los recursos de que se nutren las entidades territoriales para prestar los servicios de salud.

Efectivamente, el Gobierno Nacional en el decreto 965 definió la gradualidad de la unificación de los Planes Obligatorios de Salud –POS- entre el Régimen Contributivo y el Subsidiado a partir de 2010, en los departamentos y distritos que seleccionen los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del entonces, Protección Social.

Dicha unificación es entendida como el acceso de la población afiliada al Régimen Subsidiado y la potencialmente elegible a la prestación del servicio de salud, contenida en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo definido por la Comisión de Regulación.

Con esa finalidad, se dispuso que las mencionadas carteras debían definir conjuntamente los criterios y demás requisitos de selección de entidades territoriales, teniendo en cuenta, como mínimo, los siguientes:

- a) Solicitud de la entidad territorial.
- b) Haber solicitado ante el Consejo Superior de Política Fiscal - Confis Territorial o quien haga sus veces, la aprobación del Plan general financiero de la unificación de planes obligatorios de salud entre régimen

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

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

[<Notas del Editor>](#)

⁹ Resulta pertinente reiterar que la misma fue declarada inexecutable en Sentencia C-332 del 12 de mayo de 2010.

subsidiado y contributivo, el cual incluirá el plan de transformación de recursos requerido para la unificación, en armonía con el literal b) del artículo 4° del Decreto-ley 132 de 2010.

- c) Haber logrado la cobertura universal del régimen subsidiado en salud, o haberla previsto en el plan general financiero de que trata el literal b) del presente artículo, entendiéndose por cobertura universal la definida en las normas vigentes.

Así pues y teniendo en cuenta que uno de los motivos de la declaración de la Emergencia Social fue la necesidad de crear condiciones institucionales, financieras y fiscales para esa unificación, el Ministerio de la Protección Social estableció la gradualidad de ese proceso, así como la transformación de recursos.

“Las entidades territoriales seleccionadas deberán, en virtud de lo previsto por el artículo 4 del Decreto Ley 132 de 2010 y lo dispuesto en el presente Decreto, transformar las fuentes que financian la prestación de servicios de salud a la población pobre no asegurada y las actividades no cubiertas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado de conformidad con el plan de transformación y con la solicitud de transformación de fuentes de las entidades territoriales a que hacen referencia el literal b) del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 2 del presente Decreto, respectivamente”, señala la medida.

Sobre el particular, resulta pertinente anotar que los artículos 48 y 49 de la Constitución Política consagran los servicios públicos a la seguridad social y a la atención en salud.

Por su parte, el Legislador, a través de la Ley 100 de 1993, creó, entre otros, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual se encuentra compuesto por dos regímenes, Contributivo y Subsidiado, mediante los cuales se accede a los beneficios contenidos en los respectivos Planes Obligatorios de Salud.

Con la expedición de la Ley 1122 de 2010 se modificó el Sistema General en cuanto a su financiación, concretamente, en lo atinente al monto y distribución de las cotizaciones, a los recursos del régimen subsidiado, al pago de deudas y al flujo y protección de los recursos. A la letra los artículos 10 a 12 disponen:

“Artículo 10. Modifícase el inciso 1° del artículo [204](#) de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 204. *Monto y distribución de las cotizaciones.* La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%). **Ver la Circular del Min. Protección [15](#) y [101](#) de 2007**

Artículo 11. Modifícase el artículo [214](#) de la Ley 100, el cual quedará así:

Artículo 214. *Recursos del Régimen Subsidiado.* El régimen subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

1. De las entidades territoriales.

a) [Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 2878 de 2007, Adicionado por el art. 17, Ley 1151 de 2007, Modificado por el art. 4, Decreto Nacional 132 de 2010, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 965 de 2010](#) Los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud, SGP.S, que se destinarán previo concepto del Conpes, y en una forma progresiva al Régimen Subsidiado en Salud: En el año 2007 el 56%, en el año 2008 el 61% y a partir del año 2009 el 65%, porcentaje que no podrá ser superado. El porcentaje restante se destinará, de acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para financiar la atención de la población pobre no asegurada, las actividades no cubiertas por subsidio a la demanda y a las acciones en salud pública;

b) Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial;

c) Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, a partir del año 2009, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinará por lo menos el 25% a la financiación del régimen subsidiado o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la presente ley estén asignando, si este es mayor. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial. Para los años 2007 y 2008 se mantendrá en pesos constantes el monto de los recursos de rentas cedidas asignados al régimen subsidiado en la vigencia 2006;

d) Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del régimen subsidiado;

e) Los recursos propios y los demás que asignen las entidades territoriales al régimen subsidiado, diferentes a los que deben destinar por ley, deberán estar garantizados de manera permanente.

2. Del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA.

a) Uno punto cinco de la cotización del régimen contributivo y de los regímenes especiales y de excepción;

b) El Gobierno Nacional aportará un monto por lo menos igual en pesos constantes más un punto anual adicional a lo aprobado en el presupuesto de la vigencia del año 2007 cuyo monto fue de doscientos ochenta y seis mil novecientos cincuenta y tres millones de pesos (\$286.953.000.000,00). En todo caso el Gobierno Nacional garantizará los recursos necesarios para cumplir con el proceso de universalización de la población de Sisbén I, II y III en los términos establecidos en la presente ley;

c) El monto de las cajas de compensación familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

3. Otros.

a) Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones;

b) Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el régimen subsidiado;

c) El 15% de los recursos adicionales que a partir de 2007 reciban los municipios, distritos y departamentos como participación y transferencias por concepto de impuesto de rentas sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana;

d) Los recursos que aporten los afiliados que tienen derecho a subsidio parcial y que quieran optar al subsidio pleno o al POS del régimen contributivo.

Parágrafo. Los recursos del régimen subsidiado de salud transferidos por el Sistema General de Participaciones y el Fondo de Solidaridad y Garantía se distribuirán dentro de los municipios y distritos con criterio de equidad territorial. En todo caso, se garantizará la continuidad del aseguramiento de quienes lo han adquirido, siempre y cuando cumplan los requisitos para estar en el régimen subsidiado.

Artículo 12. *Pago de Deudas al Régimen Subsidiado.* Autorízase a los municipios y departamentos para destinar por una sola vez, recursos no comprometidos, provenientes del Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera (FAEP) y del Fondo Nacional de Regalías, para el pago de las deudas con el Régimen Subsidiado de Salud vigentes a 31 de diciembre de 2004, que hayan sido registradas en los estados

financieros de las ARS a diciembre de 2005. Si las ARS (a partir de esta ley EPS del régimen subsidiado) con las que se tengan estas cuentas le adeudan a la red de prestadores, el FAEP y el Fondo Nacional de Regalías, realizarán el giro directo a las instituciones prestadoras de servicios de salud de la red pública, previa revisión de las cuentas pendientes con el régimen subsidiado.

Artículo 13. *Flujo y protección de los recursos.* Los actores responsables de la administración, flujo y protección de los recursos deberán acogerse a las siguientes normas:

a) El gasto de los recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga se programará anualmente por un valor no inferior al recaudo del año anterior incrementado por la inflación causada y se girará, a las entidades territoriales por trimestre anticipado previo cumplimiento de la radicación de los contratos, la acreditación de cuentas maestras y el envío y cruce de la base de datos de los afiliados, sin que sean exigibles otros requisitos. El no cumplimiento oportuno de estos giros, generará las sanciones correspondientes por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo a lo establecido en la ley. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público girará por trimestre anticipado los recursos que por Presupuesto Nacional le correspondan al Fosyga;

b) Todos los recursos de salud, se manejarán en las entidades territoriales mediante los fondos locales, distritales y departamentales de salud en un capítulo especial, conservando un manejo contable y presupuestal independiente y exclusivo, que permita identificar con precisión el origen y destinación de los recursos de cada fuente. El manejo de los recursos se hará en tres cuentas maestras, con unidad de caja al interior de cada una de ellas. Estas cuentas corresponderán al recaudo y al gasto en salud pública colectiva, régimen subsidiado de salud y prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda, con las excepciones de algunos rubros que en salud pública colectiva o en prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda, señale el Ministerio de la Protección Social.

Las cuentas maestras deberán abrirse con entidades financieras que garanticen el pago de intereses a tasas comerciales aceptables, el incumplimiento de lo anterior acarreará las sanciones previstas en el artículo 2° de la presente ley. El Ministerio de la Protección Social reglamentará la materia, dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la presente ley;

c) Los pagos, efectuados por la entidad territorial a las EPS del régimen subsidiado se harán bimestre anticipado dentro de los primeros 10 días de cada bimestre. Estos pagos se harán solo mediante giro electrónico, a cuentas previamente registradas de entidades que estén debidamente habilitadas y mediante la presentación de facturas que cumplan lo previsto en el artículo 617 del Estatuto Tributario;

d) Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por

capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación. En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago. El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura;

e) [Derogado por el art. 5, Decreto Nacional 132 de 2010, a partir del 1 de abril de 2010.](#) Los municipios y distritos destinarán hasta el 0,4% de los recursos del régimen subsidiado, para financiar los servicios de interventoría de dicho régimen. La interventoría sólo podrá ser contratada con entidades previamente habilitadas departamentalmente y del Distrito Capital, a través de concursos de méritos, de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social.

Adicionalmente, los municipios y distritos destinarán el 0,2% de los recursos del régimen subsidiado a la Superintendencia Nacional de Salud para que ejerza la inspección, vigilancia y control en las entidades territoriales. El recaudo al que hace referencia el presente inciso, será reglamentado por el Gobierno Nacional, dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley;

f) Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, manejarán los recursos en cuentas maestras separadas para el recaudo y gasto en la forma que reglamente el Ministerio de la Protección Social. Sus rendimientos deberán ser invertidos en los Planes Obligatorios de Salud.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional tomará todas las medidas necesarias para asegurar el flujo ágil y efectivo de los recursos del Sistema, utilizando de ser necesario, el giro directo y la sanción a aquellos actores que no aceleren el flujo de los recursos.

Parágrafo 2°. Los giros correspondientes al Sistema General de Participaciones para Salud, destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se podrán efectuar directamente a los actores del Sistema, en aquellos casos en que alguno de los actores no giren oportunamente. Este giro se realizará en la forma y oportunidad que señale el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional. Los mecanismos de sanción y giro oportuno de recursos también se deben aplicar a las EPS que manejan el régimen contributivo.

Parágrafo 3°. El Gobierno Nacional, antes de seis meses de la entrada en vigencia de la presente ley, establecerá los mecanismos que

busquen eliminar la evasión y la elusión en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 4°. El Ministerio de la Protección Social ejercerá las funciones propias del Consejo de Administración del Fosyga.

Parágrafo 5°. Cuando los Entes Territoriales o las Entidades Promotoras de Salud, EPS o ARS no paguen dentro de los plazos establecidos en la presente ley a las Instituciones Prestadoras de Servicios, estarán obligadas a reconocer intereses de mora a la tasa legal vigente que rige para las obligaciones financieras.

Parágrafo 6°. Cuando las IPS no paguen oportunamente a los profesionales que les prestan sus servicios, estarán obligadas a reconocer intereses de mora a la tasa legal vigente que rige para las obligaciones financieras, de acuerdo con la reglamentación que para ello expida el Ministerio de la Protección Social dentro de los seis meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley.

Ahora bien, la Organización de Naciones Unidas – ONU – a través de la Organización Mundial de la Salud, ha considerado a la salud como un “estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad”¹⁰.

Así mismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”¹¹.

En el mismo sentido la jurisprudencia constitucional¹² ha reconocido a la salud como un derecho fundamental autónomo, que requiere por parte del Estado la garantía de su goce efectivo para todos los habitantes del territorio nacional con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, dentro del marco de la dignidad humana, el reconocimiento de las realidades socioeconómicas de las personas y la capacidad financiera del Estado.

¹⁰ Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados.

¹¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos - Artículo 25.

¹² Véase entre otras la sentencia de la Corte Constitucional del 7 de marzo de 2013. Exp.: T-111/13. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Siguiendo lo anterior, para la Sala el decreto objeto de control no solo facilitaría la unificación de los servicios que se ofrecen en el régimen contributivo y subsidiado, sino también garantizaría la igualdad en la prestación de los servicios y la financiación del sistema integral de salud, de manera tal que se logre con características de permanencia.

Resulta del caso recordar que la financiación de los recursos necesarios para la prestación de los servicios de salud y lograr la universalización y la igualdad en la prestación de los mismos no solo es una necesidad técnica sino que es un imperativo constitucional y legal.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución Política impone al Estado la obligación de establecer medidas afirmativas para corregir la desigualdad evidente que se presenta frente a la población más vulnerable.

De igual forma, es un compromiso del Estado propender porque los servicios de salud que se brinden a la población más vulnerable no sean menos que los que se presten a aquellas que se encuentran en el régimen contributivo.

En cuanto al artículo 5º, el Decreto 965 se refirió a la aprobación de pruebas piloto de unificación en entidades territoriales para obtener información sobre la frecuencia de uso, costos e impactos del proceso en la red hospitalaria.

Mientras tanto, el Artículo 6º menciona lo mínimo que debe contener el plan general financiero de unificación de Planes Obligatorios de Salud entre el Régimen Subsidiado y Contributivo, que tiene como objetivo garantizar la capacidad fiscal y financiera de la entidad territorial para la sostenibilidad.

En particular, dicho artículo 6º se refirió en el numeral III, a la apropiación definida en el Decreto - Ley 127 de 2010 *“Por el cual se adoptan medidas en materia*

*tributaria*¹³. Se destaca que esta norma introdujo modificaciones, necesariamente transitorias, a algunas disposiciones de carácter tributario, incrementando las tarifas del impuesto al consumo de varios productos y servicios (*como la cerveza, los productos derivados del tabaco, los juegos de suerte y azar y algunos vinos y licores*), cuyo recaudo está total o parcialmente destinado a la financiación de los servicios de salud, verbigracia en materia de tarifas del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, para el año 2010 el 21% del recaudo bruto del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, debía destinarse a la salud y a partir del 1º de enero de 2011 este porcentaje sería del 24%, según el párrafo del artículo 5º de la disposición en comento.

Así pues, la inclusión en el plan general financiero de los recursos del Decreto – Ley 127 debe hacerse en los términos del mismo, lo cual no contraría el ordenamiento jurídico.

En este contexto, la Sala encuentra la evidente relación de conexidad entre el Decreto 965 de 2010 y los motivos que dieron lugar al mismo. Dentro de las razones para la declaratoria del estado de excepción, se adujo el incremento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS -, del régimen contributivo, lo cual compromete de manera significativa los recursos destinados a su aseguramiento generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud amenazando su viabilidad.

A su vez, la expedición del Decreto 132 se fundamentó en la optimización de los recursos existentes. En consecuencia, el Decreto aparece como una medida proporcional para lograr los fines por los cuales se declaró el estado de emergencia social.

¹³ Resulta pertinente señalar que el Decreto – ley 127 de 2010 fue declarado inexecutable en Sentencia C-253 de 16 de abril de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

En conclusión, lo expuesto fuerza a la Sala concluir que el Decreto objeto de análisis se aviene al ordenamiento jurídico vigente al momento de su expedición, como en efecto se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Finalmente, resulta pertinente recordar que esta providencia hace tránsito a cosa juzgada relativa frente a los puntos analizados y decididos, por lo que la misma podrá ser objeto de un posterior debate a través del contencioso objetivo de legalidad¹⁴.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de Ley

F A L L A :

DECLÁRASE AJUSTADO A DERECHO, mientras produjo efectos, el Decreto No. 965 de 24 de marzo de 2010 *“por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 4° del Decreto Ley 132 de 2010 y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio de la Protección Social, por las razones expuestas en la parte motiva.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ALFONSO VARGAS RINCÓN

¹⁴ Sobre el particular véase, entre otras, las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Rad.: 2009 - 00549, del 20 de octubre de 2009, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Rad.: 2010 - 00196, del 23 de noviembre de 2010, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Presidente

HERNAN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

**HUGO BASTIDAS BÁRCENAS
BERMÚDEZ**

LUCY JEANETTE BERMÚDEZ

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
VALENCIA**

SUSANA BUITRAGO

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

**GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN
RODRÍGUEZ**

CARMEN TERESA ORTIZ DE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
GAMBOA**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
QUINTERO**

LUIS RAFAEL VERGARA

**ALBERTO YEPES BARREIRO
BARRERA**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO