

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO DE EMERGENCIA SOCIAL – Efectos / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE EMERGENCIA SOCIAL- Decaimiento del acto Administrativo que lo reglamenta. Efectos. Control de inmediato de legalidad de actos que lo reglamentan por el tiempo de vigencia

dado que sobrevino la inexecutableidad de los Decretos Legislativos Nos. 4975 del 23 de diciembre de 2009 y 131 del 21 de enero de 2010, que constituían el fundamento para la expedición del Decreto No. 398 del 5 de febrero de 2010, respecto del cual se surte este control de legalidad, es claro para la Sala Plena que el último perdió su fuerza ejecutoria a partir del día siguiente a la expedición de la sentencia C-289 del 21 de abril de 2010, por ser el pronunciamiento con el cual se expulsó del mundo jurídico el Decreto Legislativo No. 131 del 21 de enero de 2010, que sirvió de soporte al acto administrativo que ahora se examina. Tal pérdida de fuerza ejecutoria se produjo, precisamente, por haberse configurado la causal 2ª del artículo 66 del C.C.A., según la cual ello ocurre “Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”, que es ciertamente lo aquí acontecido. Por último, como la pérdida de fuerza ejecutoria tiene incidencia sobre la eficacia del acto administrativo y no sobre su validez, debe en todo caso practicarse el control de legalidad sobre el Decreto No. 398 del 5 de febrero de 2010, ya que el mismo estuvo vigente entre la fecha de su publicación, ocurrida el mismo día en el Diario Oficial No. 47.614, y el día siguiente a la expedición de la sentencia C-289 del 21 de abril de 2010, por parte de la Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 137 DE 1994 – ARTICULO 20

FACULTAD REGLAMENTARIA – Finalidad

Debido a que la Ley no puede llegar al grado de detalle requerido para hacerla operante por sí misma, ha previsto el Constituyente que el Ejecutivo entre a colaborar en esa función, proveyendo los reglamentos necesarios para que la Ley no solo se ejecute sino que sea viable instrumentalmente hablando, reglamentos que así parezca un pleonasma deben tratarse de normas de carácter general.

FACULTAD REGLAMENTARIA – Factor material. Factor temporal

Con todo, para ello debe observar la suprema autoridad administrativa que su ámbito de acción resulta delimitado por varias circunstancias. La primera de ellas, por un factor material, referido a su vez a dos situaciones, siendo una de ellas la imposibilidad de “alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley”, de suerte que el reglamento no puede servir de instrumento para defraudar el querer del legislador; y correspondiendo la segunda al hecho de que los temas a reglamentar no tengan reserva de ley, puesto que como lo ha dicho insistentemente la Doctrina Constitucional el ejecutivo no puede, al amparo de esa facultad, “reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador”, pues bajo esta técnica se implementa un sistema de asignación de competencias exclusivo y excluyente, en especial del poder reglamentario del Ejecutivo. Delimitado el campo de acción del Presidente de la República al ejercer su potestad reglamentaria, por razón del mayor o menor grado de regulación que el mismo Congreso de la República haya impreso en la respectiva Ley. Siendo el poder legislativo el titular de la competencia para expedir las leyes, resulta entendible que sea ese órgano quien determine qué tanto debe ser reglamentado del producto legislativo, para lo cual bien puede valerse de un contenido normativo extenso y detallado, o si así lo prefiere corto en esos términos, sin que ello pueda

llevarse al extremo de la deslegalización, esto es que la Ley diga tan poco que sea el Gobierno Nacional quien termine llenando de contenido, por la vía reglamentaria, una materia que ha debido ser del resorte legislativo. Y por último, existe el factor temporal, según el cual la potestad reglamentaria “como atribución constitucional del Presidente de la República, puede ejercerse por éste en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna”. Sin embargo, el hecho de que la suprema autoridad administrativa pueda ejercer esa facultad en cualquier tiempo no le resta al Congreso de la República su poder para expedir una Ley sobre la misma materia y de ese modo sustituir esa reglamentación por las nuevas disposiciones legislativas, evidenciándose con ello la soberanía que sobre el particular conserva el legislativo, no obstante los importantes poderes regulatorios que al efecto asignó el Constituyente al Presidente de la República.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11

GOBIERNO NACIONAL – Conformación / DECRETO REGLAMENTARIO – Expedición. Competencia en razón a la materia

Quizás el aspecto más importante en cuanto a la legalidad formal del Decreto 398 del 5 de febrero de 2010, de naturaleza reglamentaria, sea determinar en ese caso quiénes conforman el Gobierno Nacional o si se quiere, junto al Presidente de la República qué Ministros deben figurar suscribiendo el respectivo decreto, tal como lo precisó la Sala Plena. En cuanto al Ministerio de la Protección Social porque en el artículo 9 del Decreto Legislativo 131 del 21 de enero de 2010, objeto de reglamentación, existe una referencia directa al mismo al prescribir que “Los servicios del Plan Obligatorio de Salud se prestarán con la oportunidad que establezca el Ministerio de la Protección Social, atendiendo la pertinencia técnica científica y los recursos físicos, tecnológicos, económicos y humanos disponibles en el país y, deberán ser tenidos en cuenta por la Comisión de Regulación en Salud, CRES para la definición del Plan Obligatorio de Salud y el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación”. Esa injerencia directa resulta acreditada también con los objetivos asignados a ese Ministerio, consistentes en “la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución, control y seguimiento del Sistema de la Protección Social, dentro de las directrices generales de la ley, los planes de desarrollo y los lineamientos del gobierno Nacional” (Decreto 205/2003 Art. 1). Y por si fuera poco, la Comisión de Regulación en Salud - CRES, que juega un papel importante en cuanto a la definición del Plan Obligatorio de Salud, fue creada como una unidad administrativa especial, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, “adscrita al Ministerio de la Protección Social” (Ley 1122/2007 art. 3).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 115

PLANES OBLIGATORIOS DE SALUD DE LOS REGIMENES CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO – Base de actualización. Principio de progresividad. Principio de eficiencia e integralidad

El decreto busca desarrollar el principio de progresividad establecido en el artículo 48 Constitucional, al prescribir que la actualización allí dispuesta respecto de los Planes Obligatorios de Salud, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, se guiarán por este principio, de modo que se mejoren los servicios de atención en salud a la población afiliada. Lo mismo ocurre en relación con los principios de eficiencia e integralidad consagrados en los literales e) y d) del

artículo 2 de la Ley 100 de 1993, así como las reglas de protección integral y de calidad establecidas en los numerales 3 y 9 del artículo 153 ibídem, pues como lo precisó el Gobierno Nacional al motivar la declaratoria del Estado de Emergencia Social, algunos de los propósitos de las medidas adoptadas apuntan a la sostenibilidad financiera o económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud, procurando un manejo racional de los distintos recursos que confluyen a él, para evitar que sucumba el sistema y con ello resulte afectada la calidad del servicio y desde luego su cobertura frente a quienes se benefician del mismo, bien como pertenecientes al régimen contributivo o ya como integrantes del régimen subsidiado. Igualmente refleja el desarrollo del principio de integralidad, en la medida que frente a las necesidades de los afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado, se ha dispuesto, como ya se venía haciendo, que se debe garantizar a tal población “los servicios de baja, mediana y alta complejidad según los respectivos planes de beneficios”, con lo cual, valga el pleonasma, se busca cubrir todas las contingencias que pueden llegar a afectar la salud, la capacidad económica, así como las condiciones de vida de toda la población. En segundo lugar, el decreto examinado también se aviene a los términos de los artículos 9, 10 y 12 del Decreto Legislativo 131 de 2010. En efecto, al disponer el artículo 1º del Decreto 398 del 5 de febrero de 2010 que la actualización de los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado se hará a partir de los planes de beneficios vigentes al 21 de enero de 2010 –fecha de publicación del Decreto Legislativo 131 de 2010 en el Diario Oficial-, “conforme a los Acuerdos expedidos por la Comisión de Regulación en Salud - CRES”, no está haciendo cosa distinta a desarrollar el artículo 12 de la última disposición, que bien claro ordena a esa Comisión de Regulación “actualizar[] el Plan Obligatorio de Salud por lo menos una vez al año”, según “los términos y con la metodología definida en el presente decreto dentro de los seis (6) meses siguientes a la publicación del mismo”. Conservar la materia respectiva del decreto legislativo, pues trata de la actualización del Plan Obligatorio de Salud, también reafirma la competencia del órgano encargado de hacerlo, como es la Comisión de Regulación en Salud – CRES, entidad que según lo previsto en la Ley 1122 del 9 de enero de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, además de haberse concebido como una unidad administrativa especial, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social (Art. 3 ibídem), tiene a su cargo, entre otras funciones, la de definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud, así como definir y revisar, al menos una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que se ofrecerán con los planes de beneficios.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 153 / DECRETO LEGISLATIVO 131 DE 2010 – ARTICULO 9 / DECRETO LEGISLATIVO 131 DE 2010 – ARTICULO 10 / DECRETO LEGISLATIVO 131 DE 2010 – ARTICULO 12 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación numero: 11001-03-15-000-2010-00169-00(CA)

Actor: GOBIERNO NACIONAL

Asunto: Control Legalidad Dto. 398/2010

Se ocupa la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de realizar el control de legalidad al Decreto No. 398 del 5 de febrero de 2010 "Por medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de enero 21 de 2010", expedido por el Presidente de la República.

I.- EL ACTO EXAMINADO

Corresponde al siguiente:

"MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

DECRETO NÚMERO 398 DE 2010 (5 FEB 2010)

Por medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de enero 21 de 2010

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 154 literal a) de la Ley 100 de 1993 y 9, 10 y 12 del Decreto Legislativo 131 de 2010

CONSIDERANDO

Que en desarrollo del principio de protección integral, el Plan Obligatorio de alud, definido en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, estableció una línea de base, que a lo largo de los años se ha venido mejorando conforme al perfil epidemiológico y demográfico, las necesidades de salud de la población y las condiciones financieras del sistema; servicios que solo pueden ser mejorados en virtud de los postulados contenidos en la misma.

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. La base para la actualización de los Planes Obligatorios de Salud – POS de los regímenes contributivo y subsidiado, serán los planes de beneficios vigentes a la fecha de publicación del Decreto Legislativo 131 del 21 de enero de 2010, conforme a los Acuerdos expedidos por la Comisión de Regulación en Salud – CRES. En desarrollo del principio de progresividad, las actualizaciones de los

Planes Obligatorios de Salud – POS, tendrán como finalidad mejorar los servicios de atención en salud a la población afiliada.

En consecuencia, se garantiza a toda la población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el acceso a los servicios de baja, mediana y alta complejidad según los respectivos planes de beneficios.

ARTÍCULO 2º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los, **5 FEB 2010**

[Hay firmas del Presidente de la República y de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social]"

II.- ANTECEDENTES

Tras considerar la preocupante situación de sostenibilidad económica que venía padeciendo el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 215 Constitucional y con la firma de todos sus Ministros, declaró el estado de emergencia social en todo el territorio nacional, a través de la siguiente disposición:

“DECRETO 4975 de 2009
(diciembre 23)

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En uso de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo de lo previsto en la Ley 137 de 1994, y

CONSIDERANDO:

.....

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 evento 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 incremento del 280%;

Que la situación antes descrita atenta contra la equidad que debe caracterizar el 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 a este régimen se proyecta que ascienda para el año 2009 a un monto del orden de los 10 billones de pesos;

.....

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 incremento 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 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 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 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 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;

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Con el fin de conjurar la situación de urgencia a la que se hace referencia en la parte motiva del presente decreto e impedir la extensión de sus efectos, declárese el Estado de Emergencia Social en

todo el Territorio Nacional, por el término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de esta declaratoria.

ARTÍCULO 2º. El Gobierno Nacional ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 de la Constitución Política y el artículo 1º del presente decreto por el término de treinta (30) días a partir de su declaratoria.

ARTÍCULO 3º. De conformidad con el inciso cuarto del artículo 215 de la Constitución Política, convóquese al Honorable Congreso de la República, a partir del veintinueve (29) de enero de 2010.

ARTÍCULO 4º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

[Hay firmas del Presidente de la República y de todos sus Ministros]"

Con base en lo anterior, el Presidente de la República con la firma de todos sus Ministros, expidió el Decreto Legislativo 131 del 21 de enero de 2010¹ "Por medio del cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones", del cual se retoman en esta providencia las disposiciones que fueron objeto de reglamentación por medio del Decreto 398 del 5 de febrero de 2010, a su vez objeto de examen de legalidad, que dicen:

**"CAPÍTULO II
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, DOCTRINA MÉDICA Y
REFERENTES BASADOS EN EVIDENCIA.**

"Artículo 9º. Inclúyase un artículo 162A a la Ley 100 de 1993, del siguiente tenor:

'Artículo 162A. Del Plan Obligatorio de Salud. Es el conjunto esencial de servicios para la atención de cualquier condición de salud definidos de manera precisa con criterios de tipo técnico y con participación ciudadana, a que tiene derecho todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en caso de necesitarlo. El Plan Obligatorio de Salud corresponde al reconocimiento del núcleo esencial del derecho a la salud, que pretende responder y materializar el acceso de la población afiliada a la cobertura de sus necesidades en salud, teniendo en cuenta la condición socio-económica de las personas y la capacidad financiera del Estado. En todo caso prioriza la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y las atenciones de baja complejidad, la medicina y odontología general y admitirá el acceso al manejo especializado o de mediana y alta complejidad cuando se cuente con la evidencia científica y costo-efectividad que así lo aconseje.

¹ Publicado en el Diario Oficial No. 47.599 del 21 de enero de 2010.

El Plan Obligatorio de Salud incluirá la prestación de servicios de salud a los afiliados en las fases de fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, según las condiciones que se definan para su cobertura y la protección integral de la salud de la población con la articulación a los planes colectivos y de promoción de la salud del territorio nacional.

Los servicios del Plan Obligatorio de Salud se prestarán con la oportunidad que establezca el Ministerio de la Protección Social, atendiendo la pertinencia técnica científica y los recursos físicos, tecnológicos, económicos y humanos disponibles en el país y, deberán ser tenidos en cuenta por la Comisión de Regulación en Salud, CRES para la definición del Plan Obligatorio de Salud y el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación.”

“Artículo 10. Límites y Legitimidad del Plan Obligatorio de Salud. El Plan Obligatorio de Salud estará sujeto al establecimiento de límites claros, teniendo en cuenta la consulta ciudadana, la capacidad financiera del Estado, la condición socio-económica de las personas, con prevalencia de la atención de las necesidades colectivas en salud sobre las individuales.

Para la actualización del Plan Obligatorio de Salud se tendrán en cuenta criterios técnico-científicos y la consulta ciudadana.”

“Artículo 12.- Actualización del Plan Obligatorio de Salud. Se entiende por actualización del Plan Obligatorio de Salud, las modificaciones que se hacen dentro de sus componentes para responder a los cambios en las necesidades de salud de la población, teniendo en cuenta el avance en la ciencia y la tecnología adoptada en el país y las condiciones económicas y financieras del sistema.

Las modificaciones del Plan Obligatorio de Salud hacen referencia a las inclusiones y supresiones, exclusiones y sustituciones de tecnologías en salud, así como a los cambios de las condiciones en que estas son cubiertas a los afiliados, en términos de frecuencia o intensidad de uso, concentración y oportunidad.

La Comisión de Regulación en Salud, CRES, en lo de su competencia, actualizará el Plan Obligatorio de Salud por lo menos una vez al año. En la actualización o modificación de dicho Plan Obligatorio de Salud, se deberán adoptar los mecanismos que se definen en el presente decreto.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La Comisión de Regulación en Salud, CRES, actualizará el Plan Obligatorio de Salud en los términos y con la metodología definida en el presente decreto dentro de los seis (6) meses siguientes a la publicación del mismo.

[Hay firmas del Presidente de la República y de todos sus Ministros]”

III.- INTERVENICIONES

Dentro del término conferido con auto del 12 de febrero de 2010 para que los interesados se pronunciaran sobre la legalidad del acto sometido a control, se pronunció el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República - Dr. Edmundo del Castillo Restrepo, quien pidió declarar su legalidad bajo raciocinios que se condensan así:

Alega que con el Sistema de Seguridad Social en Salud previsto en la Ley 100 de 1993, que creó los regímenes contributivo y subsidiado, se esperaba que para el 2001 la población nacional ingresara a un Plan Obligatorio de Salud (POS), pero que al incumplirse esa meta se afectó la subcuenta del FOSYGA, encargada de manejar el régimen contributivo, de modo que debieron la nación y las entidades territoriales financiar los servicios de salud de la población no afiliada a dicho régimen, implicando ello grandes esfuerzos. Además, en la Ley 100 de 1993 los servicios incluidos en el POS no fueron incluidos con los cálculos económicos, omisión que vino a afectar la liquidez de las Empresas Promotoras de Salud y la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud “poniendo en riesgo la continua prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida misma”.

También dice que el Presidente de la República expidió el Decreto 398 de 2010 al amparo de la facultad conferida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución y que:

“..., el decreto reglamentario 398 de 2010 se enmarcó dentro de la hipótesis de la ley que se refería a la actualización del POS, pero en la medida que el decreto 131 de 2010 no señaló la forma de su aplicación, se hizo necesario el reglamento con miras al desenvolvimiento de esa hipótesis legal, determinado (sic) entonces que el POS solo (sic) se puede modificar para ser mejorado respetando el acceso a los servicios según los planes de beneficios escogidos, y cubre tanto los planes de salud del Régimen Contributivo como el de Régimen Subsidiado.”

De igual forma se pronunció el Ministro de la Protección Social – Dr. Diego Palacio Betancourt, quien lo hizo sosteniendo que:

En lo formal el Decreto 398 de 2010 no tiene ningún reparo porque se firmó por el Presidente con el concurso de los Ministros del ramo, esto es los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, quienes manejan los temas relacionados con el tratado en dicho decreto. Además, contiene los datos requeridos para su identificación, como el número, la fecha, la referencia expresa

a las facultades que se ejercen y la parte motiva, y su finalidad es la de reglamentar el Decreto Legislativo 131 de 2010.

En cuanto a lo material señala que ello implica “(a) un análisis de las medidas legislativas de excepción que se reglamentan, (b) la determinación del alcance de las medidas reglamentarias adoptadas y (c) un análisis de validez que verifique la armonía de cada una de las medidas con el Decreto legislativo que reglamentan”. En torno a lo primero sostuvo que la reglamentación se hizo con base en las facultades del literal a) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 9, 10 y 12 del Decreto Legislativo 131 de 2010, que las normas reglamentadas prevén unas condiciones claras para la actualización y prestación del POS, en tanto que las medidas del Decreto 398 de 2010 fijan el punto de partida para la actualización mencionada en el párrafo transitorio del artículo 12. Y remata esta parte diciendo que las normas reglamentadas aún están vigentes porque el Gobierno Nacional no dictó ningún reglamento al respecto, tampoco el Congreso ha hecho lo propio con una ley y la Corte Constitucional aún no se pronuncia sobre el particular.

Sobre la fijación del alcance de las medidas sostuvo que el Decreto 398 de 2010 “busca establecer de forma inequívoca la línea de base a partir de la cual la Comisión de Regulación en Salud – CRES, como organismo facultado por la Ley 1122 de 2007 para determinar los contenidos del POS, deberá aplicar las órdenes respecto a su definición, delimitación y actualización, contenidas en el Decreto Legislativo 131 de 2010”. Así, el propósito de las actualizaciones es mejorar los servicios de atención en salud a la población afiliada, sin disminución de los beneficios que conllevan los POS, ni limitación en el acceso a los servicios de complejidad, para mejorar constantemente los derechos de los usuarios.

Respecto del examen de validez dice que el precepto se aviene, precisamente, al artículo 9 del Decreto Legislativo 131 de 2010 y que allí se fija la base sobre la cual deben actualizarse periódicamente los POS de los regímenes contributivo y subsidiado. Dicha línea de base es el POS con su financiación según lo establecido por la CRES mediante los Acuerdos 008 y 009 vigentes a partir del 1o de enero del presente año, las cuales estaban vigentes al expedirse dicho Decreto Legislativo. Agrega que la finalidad de las actualizaciones ordenadas en cumplimiento del artículo 12 del mismo decreto “es mejorar los servicios de atención en salud a la población afiliada, sin disminución de los beneficios que

configuran dicho plan vigente, ni la limitación del acceso a determinados servicios por su complejidad”, tomando en consideración las necesidades en salud y los recursos existentes para brindar una atención integral.

Culmina su intervención diciendo el Ministro de la Protección Social que la norma examinada es válida a la luz del artículo 1 de la Ley 57 de 1985 y del artículo 95 literal c) del Decreto 2150 de 1995, por la publicación que se hizo del decreto en el Diario Oficial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA PLENA

1.- Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado adquiere competencia para pronunciarse sobre el presente asunto, porque así lo determina el artículo 20 de la Ley 137 del 2 de junio de 1994 “Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia”, que 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.”

2.- Vigencia del Acto Examinado

Según se precisó, el acto sobre el cual se practica el control de legalidad corresponde al Decreto No. 398 del 5 de febrero de 2010, expedido por el Gobierno Nacional para reglamentar el Decreto Legislativo No. 131 del 21 de enero de 2010, que a su vez se dictó en desarrollo del Decreto Legislativo No. 4975 del 23 de diciembre de 2009 “Por el cual se declara el estado de emergencia social”, emitido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 215 Constitucional y en la Ley 137 del 2 de junio de 1994 “Por el cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia”.

Sin embargo, el Decreto Legislativo No. 4975 del 23 de diciembre de 2009, proferido por el Presidente de la República para declarar el estado de excepción, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-252 del 16 de abril de 2010, salvo lo atinente a las normas alusivas a las fuentes tributarias de financiación, que no guardan relación con el thema decidendum, frente a las cuales se dispuso que ello se haría de acuerdo con el considerando 7.3. Además, como efecto de la anterior decisión, la Corte Constitucional, a través de su sentencia C-289 del 21 de abril de 2010, declaró igualmente la inexecutable del Decreto Legislativo No. 131 del 21 de enero de 2010, para lo cual se apoyó en el criterio decantado de la “inconstitucionalidad por consecuencia”².

Así las cosas, dado que sobrevino la inexecutable de los Decretos Legislativos Nos. 4975 del 23 de diciembre de 2009 y 131 del 21 de enero de 2010, que constituían el fundamento para la expedición del Decreto No. 398 del 5 de febrero de 2010, respecto del cual se surte este control de legalidad, es claro para la Sala Plena que el último perdió su fuerza ejecutoria a partir del día siguiente a la expedición de la sentencia C-289 del 21 de abril de 2010, por ser el pronunciamiento con el cual se expulsó del mundo jurídico el Decreto Legislativo No. 131 del 21 de enero de 2010, que sirvió de soporte al acto administrativo que ahora se examina. Tal pérdida de fuerza ejecutoria se produjo, precisamente, por haberse configurado la causal 2ª del artículo 66 del C.C.A., según la cual ello ocurre “Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”, que es ciertamente lo aquí acontecido.

Por último, como la pérdida de fuerza ejecutoria tiene incidencia sobre la eficacia del acto administrativo y no sobre su validez, debe en todo caso practicarse el control de legalidad sobre el Decreto No. 398 del 5 de febrero de 2010, ya que el mismo estuvo vigente entre la fecha de su publicación, ocurrida el mismo día en el Diario Oficial No. 47.614, y el día siguiente a la expedición de la sentencia C-289 del 21 de abril de 2010, por parte de la Corte Constitucional.

3.- Problema Jurídico

² Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-488 de 1995, C-127, C-130 y C-135, todas de 1997, C-255, C-256, C-257, C-283 y C-284 todas de 2009.

La función de la Sala Plena, en esta oportunidad, se centra en practicar un examen inmediato e integral de la legalidad al Decreto 398 expedido el 5 de febrero de 2010 por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, para desarrollar las medidas establecidas en los artículos 9, 10 y 12 del Decreto Legislativo 131 de 2010.

4.- El Asunto de Fondo

Antes de que la Sala Plena entre a determinar si el Decreto 398 del 5 de febrero de 2010 cumple con los estándares de legalidad desde la perspectiva formal y material, es preciso recordar que el mismo fue expedido por el Presidente de la República, en compañía de sus Ministros de Hacienda y Crédito Público y de La Protección Social, en ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución, que prescribe:

“Artículo 189.- Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del 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.”

Esa facultad reglamentaria del Presidente de la República, en tanto suprema autoridad administrativa, es una de las más claras manifestaciones del principio de colaboración armónica de las ramas del poder público³, puesto que si bien el constituyente asignó al Congreso de la República la atribución de “hacer las leyes”⁴, formalmente entendidas, es lo cierto que para su normal desarrollo el Presidente de la República goza del atributo de reglamentar el producto de esa labor legislativa, a través de la potestad reglamentaria, que es definida por la Doctrina Constitucional en los siguientes términos:

³ Este principio tiene asiento en el artículo 113 Superior, que prescribe:

“Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas **pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.**” (La Sala Plena impone negrillas).

⁴ Así lo estipulan las siguientes disposiciones:

“**Artículo 114.-** Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, **hacer las leyes** y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.

El Congreso de la República, estará integrado por el senado y la cámara de representantes.”

“**Artículo 150.-** Corresponde al Congreso **hacer las leyes**. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:...” (Se destaca)

“La labor de indagación que realiza el poder reglamentario, a fin de asegurar la cumplida ejecución de las leyes, es, como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional un complemento de éstas en la medida en que las actualiza y las acomoda a las necesidades que las circunstancias le impongan para su eficaz ejecución, y no un ejercicio de interpretación de los contenidos legislativos ni de su modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene, porque esta labor sólo compete en el marco de la expresión de la división de los poderes del Estado, a la autoridad judicial.”⁵

Debido a que la Ley no puede llegar al grado de detalle requerido para hacerla operante por sí misma, ha previsto el Constituyente que el Ejecutivo entre a colaborar en esa función, proveyendo los reglamentos necesarios para que la Ley no solo se ejecute sino que sea viable instrumentalmente hablando, reglamentos que así parezca un pleonasma deben tratarse de normas de carácter general.

Con todo, para ello debe observar la suprema autoridad administrativa que su ámbito de acción resulta delimitado por varias circunstancias. La primera de ellas, por un factor material, referido a su vez a dos situaciones, siendo una de ellas la imposibilidad de “alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley”⁶, de suerte que el reglamento no puede servir de instrumento para defraudar el querer del legislador; y correspondiendo la segunda al hecho de que los temas a reglamentar no tengan reserva de ley, puesto que como lo ha dicho insistentemente la Doctrina Constitucional el ejecutivo no puede, al amparo de esa facultad, “reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador”⁷, pues bajo esta técnica se implementa un sistema de asignación de competencias exclusivo y excluyente, en especial del poder reglamentario del Ejecutivo.

También resulta delimitado el campo de acción del Presidente de la República al ejercer su potestad reglamentaria, por razón del mayor o menor grado de regulación que el mismo Congreso de la República haya impreso en la respectiva Ley. Siendo el poder legislativo el titular de la competencia para expedir las leyes, resulta entendible que sea ese órgano quien determine qué tanto debe ser reglamentado del producto legislativo, para lo cual bien puede valerse de un contenido normativo extenso y detallado, o si así lo prefiere corto en esos términos, sin que ello pueda llevarse al extremo de la deslegalización, esto es que la Ley diga tan poco que sea el Gobierno Nacional quien termine llenando de contenido, por la vía reglamentaria, una materia que ha debido ser del resorte

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-557 del 15 de octubre de 1992.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 1997. Reiterada en la sentencia C-302 de 1999.

⁷ *Ibidem*.

legislativo. Del mismo parecer es la Doctrina Constitucional, que sobre el particular ha dicho:

“21. Ahora bien, la doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raiambre Superior (C.P. arts. 152 y 338).”⁸

Y por último, existe el factor temporal, según el cual la potestad reglamentaria “como atribución constitucional del Presidente de la República, puede ejercerse por éste en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna”⁹. Sin embargo, el hecho de que la suprema autoridad administrativa pueda ejercer esa facultad en cualquier tiempo no le resta al Congreso de la República su poder para expedir una Ley sobre la misma materia y de ese modo sustituir esa reglamentación por las nuevas disposiciones legislativas, evidenciándose con ello la soberanía que sobre el particular conserva el legislativo, no obstante los importantes poderes regulatorios que al efecto asignó el Constituyente al Presidente de la República.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2001.

Hechas las anteriores precisiones se ocupa la Sala Plena de examinar los aspectos formal y material del Decreto No. 398 del 5 de febrero de 2010, para determinar si el mismo está conforme a Derecho.

4.1.- Control Formal

Quizás el aspecto más importante en cuanto a la legalidad formal del Decreto 398 del 5 de febrero de 2010, de naturaleza reglamentaria, sea determinar en ese caso quiénes conforman el Gobierno Nacional o si se quiere, junto al Presidente de la República qué Ministros deben figurar suscribiendo el respectivo decreto, tal como lo precisó la Sala Plena en reciente oportunidad:

“Para el caso concreto, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que la expedición de los reglamentos de las leyes corresponde al Gobierno, es decir, al Presidente de la República junto con el o los Ministros respectivos, según la materia de que se trate¹⁰.

Pero determinar cuáles ministros o jefes de departamento administrativo deben suscribir con el Presidente el reglamento no es fácil de definir, y menos en forma a priori, pues las materias de que se puede ocupar un reglamento son muy variadas, de modo que concretar quién conforma el Gobierno, en cada caso concreto, **requiere una revisión de los asuntos tratados en el reglamento, así como de las competencias asignadas a los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo, para deducir de allí cuáles de ellos deben acompañar al Presidente de la República en la firma del decreto.**¹¹
(Negrillas fuera del original)

Con miras a ello debe recordarse que el artículo 115 de la Constitución prevé sobre el asunto:

“Artículo 115.- El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

¹⁰ En tal sentido, ha manifestado la Corte Constitucional -sentencia C-577 de 1995-: “42. **Al expedir un decreto los miembros del Gobierno asumen de manera compartida las responsabilidades políticas y jurídicas** correspondientes. En este orden de ideas, la ley no puede obligar al Gobierno a expedir un decreto cuyo contenido material no ha sido estudiado ni decidido por él, **pues al Presidente, los ministros y jefes de departamento administrativo que en cada negocio particular constituyen Gobierno, no pueden responder por la expedición de un acto producto de la voluntad exclusiva de otro órgano.**” (Negrillas fuera de texto)

¹¹ Sentencia del 16 de junio de 2009. Expediente: 11001-03-15-000-2009-00305-00 (CA). Actor: Presidencia de la República. Acto Revisado: Decreto 837 de 2009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de 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, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias <sic>, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.”

Ahora, como el Decreto 398 del 5 de febrero de 2010 fue suscrito, además del Presidente de la República, por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, concluye la Sala Plena que, dada la materia tratada, se integró correctamente el Gobierno Nacional en ese caso, según las explicaciones que pasan a darse.

En cuanto al Ministerio de la Protección Social porque en el artículo 9 del Decreto Legislativo 131 del 21 de enero de 2010, objeto de reglamentación, existe una referencia directa al mismo al prescribir que “Los servicios del Plan Obligatorio de Salud se prestarán con la oportunidad que establezca el Ministerio de la Protección Social, atendiendo la pertinencia técnica científica y los recursos físicos, tecnológicos, económicos y humanos disponibles en el país y, deberán ser tenidos en cuenta por la Comisión de Regulación en Salud, CRES para la definición del Plan Obligatorio de Salud y el cálculo de la Unidad de Pago por Capitalización”. Esa injerencia directa resulta acreditada también con los objetivos asignados a ese Ministerio, consistentes en “la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución, control y seguimiento del Sistema de la Protección Social, dentro de las directrices generales de la ley, los planes de desarrollo y los lineamientos del gobierno Nacional” (Decreto 205/2003 Art. 1)¹².

¹² Basta ver algunas de las funciones que debe cumplir el Ministerio de la Protección Social para reconfirmar lo dicho:

“**Artículo 2o. Funciones.** El Ministerio de la Protección Social tendrá, además de las funciones que las disposiciones legales vigentes hayan asignado a los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud, las siguientes:

1. Formular, dirigir y coordinar la política social del Gobierno Nacional en las áreas de empleo, trabajo, nutrición, protección y desarrollo de la familia, previsión y Seguridad Social Integral.

Y por si fuera poco, la Comisión de Regulación en Salud - CRES, que juega un papel importante en cuanto a la definición del Plan Obligatorio de Salud, fue creada como una unidad administrativa especial, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, “adscrita al Ministerio de la Protección Social” (Ley 1122/2007 art. 3), cuya composición fue definida allí por las siguientes autoridades:

“Artículo 4º.- Composición. La Comisión de Regulación en Salud estará integrada de la siguiente manera:

1. El Ministro de la Protección Social quien la preside, excepcionalmente podrá delegar sólo en alguno de sus Viceministros.

2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público quien, excepcionalmente podrá delegar sólo en alguno de sus Viceministros.

3. Cinco Comisionados expertos, designados por el Presidente de la República, de ternas enviadas por diferentes entidades tales como: Asociación Colombiana de Universidades, Centros de Investigación en Salud, Centros de Investigación en Economía de la Salud, Asociaciones de Profesionales de la Salud y Asociaciones de Usuarios debidamente organizados. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

PARÁGRAFO. Las ternas serán elaboradas por las anteriores organizaciones, a partir de una lista de elegibles conformada mediante concurso público de méritos para todas las profesiones que incluyan examen de antecedentes laborales, examen de conocimientos sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con su experiencia y entrevista conforme lo señale el reglamento.” (Resalta la Sala Plena)

Y en lo referente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público su afinidad con la materia objeto del Decreto Reglamentario 398 del 5 de febrero de 2010, se empieza a aclarar con la transcripción anterior, ya que forma parte de las entidades públicas que integran la Comisión de Regulación en Salud, lo que por sí sólo marca la injerencia que eventualmente puede llegar a tener en el desarrollo de sus funciones. Además, basta consultar los objetivos y funciones asignados en el Decreto 4712 del 15 de diciembre de 2008 al Ministerio de Hacienda y Crédito

2. Definir las políticas que permitan aplicar los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia, unidad e integralidad de los Sistemas de Seguridad Social Integral y Protección Social. (...)

14. Regular la oferta pública y privada de servicios de salud, estableciendo las normas para controlar su crecimiento, mecanismos para la libre elección de prestadores por parte de los usuarios y la garantía de la calidad, y, promover la organización de redes de prestación de servicios de salud.”

Público para corroborar su directa relación no solo con lo tratado en el Decreto 398 del 5 de febrero de 2010, sino en general con el Decreto Legislativo 4975 del 23 de diciembre de 2009, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia Social en todo el Territorio Nacional por el término de 30 días, entre cuyas razones de ser se adujeron motivos de insostenibilidad fiscal o presupuestal del Sistema General de Seguridad Social en Salud, gracias al desbalance generado por el suministro de servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, tanto en lo que refiere a la Nación como en lo que respecta a las entidades territoriales.

4.2.- Control Material

En cuanto al examen de legalidad del Decreto 398 del 5 de febrero de 2010, desde el punto de vista sustancial, es preciso recordar que con el mismo se dispuso:

“ARTÍCULO 1º. La base para la actualización de los Planes Obligatorios de Salud – POS de los regímenes contributivo y subsidiado, serán los planes de beneficios vigentes a la fecha de publicación del Decreto Legislativo 131 del 21 de enero de 2010, conforme a los Acuerdos expedidos por la Comisión de Regulación en Salud – CRES. En desarrollo del principio de progresividad, las actualizaciones de los Planes Obligatorios de Salud – POS, tendrán como finalidad mejorar los servicios de atención en salud a la población afiliada.

En consecuencia, se garantiza a toda la población afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el acceso a los servicios de baja, mediana y alta complejidad según los respectivos planes de beneficios.”

Como claramente se anuncia en el encabezado de ese acto administrativo, el Presidente de la República ejerció su potestad reglamentaria para desarrollar, en concreto, lo previsto en los artículos 154 literal a) de la Ley 100 de 1993, y 9, 10 y 12 del Decreto Legislativo 131 de 2010. Pues bien, luego de confrontar la disposición objeto de control de legalidad frente a cada una de las normas anteriores, arriba la Sala Plena a la conclusión de que el Decreto 398 del 5 de febrero de 2010 está ajustado a Derecho. Las razones corresponden a las siguientes:

En primer lugar, según el literal a) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993 la intervención del Estado en el servicio público de Seguridad Social en Salud debe garantizar, entre otros cometidos, la observancia de los principios establecidos en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de la misma ley. Pues bien, el decreto

examinado atiende en buena medida tales derroteros, ya que busca desarrollar el principio de progresividad establecido en el artículo 48 Constitucional¹³, al prescribir que la actualización allí dispuesta respecto de los Planes Obligatorios de Salud, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, se guiarán por este principio, de modo que se mejoren los servicios de atención en salud a la población afiliada.

Lo mismo ocurre en relación con los principios de eficiencia e integralidad consagrados en los literales e) y d) del artículo 2¹⁴ de la Ley 100 de 1993, así como las reglas de protección integral y de calidad establecidas en los numerales 3 y 9 del artículo 153¹⁵ ibídem, pues como lo precisó el Gobierno Nacional al motivar la declaratoria del Estado de Emergencia Social, algunos de los propósitos de las medidas adoptadas apuntan a la sostenibilidad financiera o económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud, procurando un manejo racional de los distintos recursos que confluyen a él, para evitar que sucumba el sistema y con ello resulte afectada la calidad del servicio y desde luego su cobertura frente a quienes se benefician del mismo, bien como pertenecientes al régimen contributivo o ya como integrantes del régimen subsidiado.

Además, el citado decreto igualmente refleja el desarrollo del principio de integralidad, en la medida que frente a las necesidades de los afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado, se ha dispuesto, como ya se venía haciendo, que se debe garantizar a tal población “los servicios de baja, mediana y alta complejidad según los respectivos planes de beneficios”, con lo cual, valga el pleonasma, se busca cubrir todas las contingencias que pueden llegar a afectar la

¹³ Esta disposición dice sobre el particular: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social”.

¹⁴ Estas normas prescriben: “a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;”

¹⁵ Su contenido es el siguiente: “3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud. 9. Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las Instituciones Prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.”.

salud, la capacidad económica, así como las condiciones de vida de toda la población.

En segundo lugar, el decreto examinado también se aviene a los términos de los artículos 9, 10 y 12 del Decreto Legislativo 131 de 2010. En efecto, al disponer el artículo 1º del Decreto 398 del 5 de febrero de 2010 que la actualización de los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado se hará a partir de los planes de beneficios vigentes al 21 de enero de 2010 –fecha de publicación del Decreto Legislativo 131 de 2010 en el Diario Oficial-, “conforme a los Acuerdos expedidos por la Comisión de Regulación en Salud - CRES”, no está haciendo cosa distinta a desarrollar el artículo 12 de la última disposición, que bien claro ordena a esa Comisión de Regulación “actualizar[] el Plan Obligatorio de Salud por lo menos una vez al año”, según “los términos y con la metodología definida en el presente decreto dentro de los seis (6) meses siguientes a la publicación del mismo”.

El decreto reglamentario además de conservar la materia respectiva del decreto legislativo, pues trata de la actualización del Plan Obligatorio de Salud, también reafirma la competencia del órgano encargado de hacerlo, como es la Comisión de Regulación en Salud – CRES, entidad que según lo previsto en la Ley 1122 del 9 de enero de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, además de haberse concebido como una unidad administrativa especial, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social (Art. 3 ibídem), tiene a su cargo, entre otras funciones, la de definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud, así como definir y revisar, al menos una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que se ofrecerán con los planes de beneficios¹⁶.

Por último, aunque el nivel reglamentario del Decreto 398 del 5 de febrero de 2010 no es muy alto, ya que reitera algunos detalles de las normas que dice desarrollar, en lo concerniente a la participación ciudadana pregonada por el artículo 9 del

¹⁶ Al respecto dice la Ley 1122 de 2007: “**Artículo 7º.- Funciones.** La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones: 1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado. 2. Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.”.

Decreto Legislativo 131 del 21 de enero de 2010, observa la Sala Plena que lo respeta en forma indirecta al mantener o seguir reconociendo a la Comisión de Regulación en Salud como órgano encargado de fijar y actualizar los Planes Obligatorios de Salud, puesto que en su conformación, por cierto bastante técnica, según la Ley 1122 de 2007 confluyen diferentes actores que bien podrían tenerse como “participación ciudadana”, a saber:

“Artículo 4º.- Composición. La Comisión de Regulación en Salud estará integrada de la siguiente manera:

1. El Ministro de la Protección Social quien la preside, excepcionalmente podrá delegar sólo en alguno de sus Viceministros.
2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público quien, excepcionalmente podrá delegar sólo en alguno de sus Viceministros.
3. Cinco Comisionados expertos, designados por el Presidente de la República, de ternas enviadas por diferentes entidades tales como: Asociación Colombiana de Universidades, Centros de Investigación en Salud, Centros de Investigación en Economía de la Salud, Asociaciones de Profesionales de la Salud y Asociaciones de Usuarios debidamente organizados. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

PARÁGRAFO. Las ternas serán elaboradas por las anteriores organizaciones, a partir de una lista de elegibles conformada mediante concurso público de méritos para todas las profesiones que incluyan examen de antecedentes laborales, examen de conocimientos sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con su experiencia y entrevista conforme lo señale el reglamento.” (La Sala Plena subraya)

Lo dicho hasta el momento permite colegir a la Sala Plena que el Decreto 398 del 5 de febrero de 2010 es legal, tanto por razones de forma como por razones de fondo, motivo por el cual así se declarará, con la precisión que es por el tiempo que estuvo vigente, según se dijo arriba.

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

FALLA

PRIMERO: Declárase LEGAL el Decreto 398 del 5 de febrero de 2010 “Por medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de enero 21 de 2010”, expedido por el Presidente de la República.

SEGUNDO: Comuníquese lo decidido a la Presidencia de la República y a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, anexando copia de esta providencia.

TERCERO: En firme esta sentencia archívese la actuación.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ (E)

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO

HERNAN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO BASTIDAS BÁRCENAS

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

**STELLA CONTO DÍAZ DEL
CASTILLO**

Con Salvamento de

Voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

**MARIA NOHEMÍ HERNÁNDEZ
PINZÓN**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

**CARMEN TERESA ORTIZ DE
RODRÍGUEZ**

**RAFAEL OSTAU DE LAFONT
PIANETA**

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE
PÁEZ**

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Con Salvamento de Voto

**DANILO ALFONSO ROJAS
BETANCOURTH**
Con Salvamento de Voto

MAURICIO TORRES CUERVO
Ausente con excusa

OLGA VALLE DE LA HOZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

**MARCO ANTONIO VELILLA
MORENO**

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO