

Expediente RE-160

Sentencia C-291/10

## INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA EN DECLARACION DE EMERGENCIA-Configuración

DECRETO LEGISLATIVO QUE DESARROLLA EL ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-  
No contiene medidas que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas al goce del derecho a la salud

Referencia: expediente RE-160

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 129 de veintiuno (21) de enero de dos mil diez (2010) “Por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de protección social y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de abril de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial las previstas en el artículo 241 numeral 7 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

### SENTENCIA

En el proceso de revisión constitucional del Decreto Legislativo número 129 de veintiuno (21) de enero de dos mil diez (2010) “Por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de protección social y se dictan otras disposiciones”

### ANTECEDENTES

El veintidós (22) de enero de dos mil diez (2010) el Presidente de la República remitió a la Corte Constitucional el Decreto Legislativo 129 del mismo año, “Por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de protección social y se dictan otras disposiciones”, para su revisión constitucional.

### TEXTO DEL DECRETO REVISADO

A continuación se transcribe el texto del decreto legislativo sometido a revisión:

Decreto 129 de 2010

“Por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de protección social y se dictan otras disposiciones”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

#### CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto 4975 de 2009, el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el propósito de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que amenaza con la parálisis en la prestación de los servicios de salud y el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de todos los habitantes de/territorio nacional.

Que es deber del Gobierno Nacional adoptar las medidas para garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y conjurar la situación de emergencia e impedir la extensión de los efectos derivados del problema financiero que motivo la declaratoria del estado de emergencia social.

Que por lo anterior resulta necesario adoptar medidas excepcionales que permitan 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, en tal virtud, resulta necesario y apropiado para conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos, que el Gobierno Nacional adopte de manera urgente y preventiva, medidas integrales que le permitan ejercer un control eficaz a la evasión y la elusión en el pago de las cotizaciones y aportes al Sistema, con lo cual se garantiza su sostenibilidad financiera y por ende el goce efectivo del derecho a la salud de la población,

#### DECRETA:

Artículo 1: Los aportantes que se encuentren en mora en el pago de cotizaciones y aportes podrán suscribir acuerdos de pago, momento a partir del cual la afiliación no podrá ser suspendida y tales periodos no computarán para la desafiliación, siempre que el aportante esté cumpliendo con las obligaciones adquiridas. Las condiciones para la suscripción de estos acuerdos estarán supeditadas a lo que establezca en el reglamento el Gobierno Nacional.

Artículo 2: La celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios estará condicionada a la verificación por parte del contratante de la afiliación y pago de los aportes al sistema de protección social; conforme a las disposiciones legales, para lo cual deberá solicitar que se relacione en la factura, o cuenta de cobro, el número o referencia de la planilla de pago de los aportes respectivos. Para tal fin, el Gobierno Nacional podrá establecer mecanismos de verificación y suministro de la información necesaria para cumplir con este deber por parte del contratante.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, el contratante deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo defina el reglamento.

Artículo 3: Adiciónese el artículo 108 del Estatuto Tributario con el siguiente párrafo:

"Párrafo 20. Para efectos de la deducción por salarios de que trata el presente artículo se entenderá que tales aportes parafiscales deben efectuarse de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes, Igualmente, para aceptar la deducción por pagos a trabajadores independientes, el contratante deberá verificar la afiliación y el pago de las cotizaciones y aportes a la protección social que le corresponden según la ley.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, podrá efectuar las gestiones que sean necesarias para comprobar la correcta liquidación de los aportes tanto de asalariados como de trabajadores independientes. En caso de encontrar inconsistencias, reportará este hecho a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo de su competencia".

Artículo 4: Adiciónese el artículo 647 del Estatuto Tributario con el siguiente párrafo:

"Párrafo: Las inconsistencias en la declaración del impuesto de renta y complementarios derivadas de la información a que hace referencia el párrafo 1° del artículo 50 de la ley 789 de 2003 sobre aportes a la seguridad social será sancionable a título de inexactitud, en los términos del presente Estatuto Tributario".

Artículo 5: Adiciónese artículo 617 del Estatuto Tributario con el siguiente literal:

J. Tratándose de trabajadores independientes o contratistas, se deberá expresar que se han efectuado los aportes a la seguridad social por los ingresos materia de facturación, a menos que por otros conceptos esté cotizando por el monto máximo dispuesto por la ley, y se deberá señalar expresamente el número o referencia de la planilla en la cual se realizó el pago. Igualmente, se manifestará si estos aportes sirvieron para la disminución de la base de retención en la fuente en otro cobro o si pueden ser tomados para tal fin por el pagador; esta manifestación se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento.

Artículo 6: Como lo señalan los artículos 204 de la ley 100 de 1993 y 18 de la ley 797 de 2003, la cotización a los sistemas generales de pensiones y de seguridad social en salud deberán efectuarse sobre el mismo Ingreso Base de Cotización. Toda persona que esté obligada a cotizar al sistema general de seguridad social y efectúe aportes voluntarios a fondos de pensiones deberá acreditar la afiliación y los pagos obligatorios a los sistemas generales de salud y pensiones. Esta obligación se cumplirá de acuerdo con la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional.

Artículo 7: Cuando cualquier director, gerente, revisor fiscal u otro funcionario o empleado de una cooperativa o precooperativa de trabajo asociado promueva la constitución de una entidad de este tipo con el fin de no efectuar el pago o favorecer la evasión de las cotizaciones y aportes de la protección social, podrá ser objeto de las sanciones por parte de la Superintendencia de la Economía Solidaria a que hace referencia el numeral 6° del artículo 36 de la ley 454 de 1998,

Artículo 8: Cuando se constituya una cooperativa o precooperativa de trabajo con el fin de no efectuar el pago o favorecer la evasión de las cotizaciones y aportes de la protección social podrá ser objeto de la cancelación de la personería jurídica y de la inscripción en el correspondiente registro del documento de constitución por parte de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

En igual sanción incurrirán las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado que no efectúen el pago o favorezcan la evasión de las cotizaciones y aportes de la protección social o actúen como agrupadoras de trabajadores independientes en desconocimiento de las normas vigentes.

Artículo 9: Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.

Artículo 10: El Departamento Nacional de Estadística, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Instituto Nacional de Salud y las secretarías de salud deberán reportar, sin ningún costo, la información que establezca el Gobierno Nacional, quien reglamentará las condiciones en que operará este reporte a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y a los ministerios que lo requieran.

Artículo 11°. Con el fin de establecer la capacidad de pago de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud para la autorización de las prestaciones excepcionales en salud o con el objeto de verificar la correcta liquidación de las cotizaciones y aportes al Sistema de la Protección Social, los Operadores de Bancos de Información y demás instituciones públicas o privadas que administren bases de datos, deberán suministrarla información que se les solicite para efectuar tales verificaciones a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, o demás entidades que determine el Gobierno Nacional, quien también establecerá la forma, términos y condiciones de los reportes de la información.

Parágrafo: La información reportada tendrá la protección de los datos personales a que hace referencia la Ley 1266 de 2008.

Artículo 12°. Las funciones como Operadores de Información de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes ·PILA-, serán objeto de la vigilancia por parte de la entidad o superintendencia a que haya sido atribuida la inspección, vigilancia y control de la entidad correspondiente. Dicha vigilancia será ejercida en las mismas condiciones y bajo los criterios técnicos que aplica la Superintendencia Financiera de Colombia respecto de los Operadores de Información sometidos a su vigilancia.

Los demás operadores de información que no estén sometidos al control y vigilancia de alguna superintendencia deberán constituirse o transformarse, en un término de seis (6) meses, en sociedades anónimas que serán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, en las condiciones descritas en el inciso anterior.

Estas sociedades deberán ajustarse a lo establecido por el Gobierno Nacional mediante reglamento.

Artículo 13: El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones contrarias.

Publíquese y cúmplase

Dado en Bogotá DC, 21 de enero de 2010

El Presidente de la República,

Álvaro Uribe Vélez

El Ministro del Interior y de Justicia,

Fabio Valencia Cossio

El Ministro de Relaciones Exteriores,

Jaime Bermúdez Merizalde

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Oscar Iván Zuluaga Escobar

El Ministro de Defensa Nacional,

Gabriel Silva Luján

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

Andrés Darío Fernández Acosta

El Ministro de la Protección Social,

Diego Palacio Betancourt

El Ministro de Minas y Energía,

Hernán Martínez Torres

El Viceministro de Comercio Exterior. Encargado de las funciones del despacho del Ministro de Comercio Exterior,

Gabriel Duque Mildenberg

La Ministra de Educación Nacional,

Cecilia María Vélez White

El Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

Carlos Acosta Posada

La Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

María del Rosario Guerra de la Espriella

El Ministro de Transporte

Andrés Uriel Gallego Henao

La Viceministra de Cultura encargada de las funciones del despacho de la Ministra de Cultura

María Claudia López Sorzano

III. INTERVENCIONES CIUDADANAS

Los ciudadanos Jorge Enrique García Ríos[1] y Carlos Eduardo Peña[2] se pronunciaron en el proceso de la referencia para impugnar la constitucionalidad del Decreto 129 de 2010, sin embargo, no presentaron argumentaciones concretas para fundamentar su inexecutable, se limitaron a asegurar que todos los decretos legislativos expedidos al amparo de la emergencia social declarada mediante el decreto 4975 de 2009 vulneran la Constitución Nacional y a relatar problemas personales de acceso a los servicios de salud.

Los ciudadanos Juan E. Holguín M. y Martha Restrepo R. –en calidad de representantes legales de Algazara S.A., empresa del sector de los juegos de suerte y azar- intervinieron para solicitar que se declare la inconstitucionalidad en el proceso de la referencia. No obstante sus argumentos están circunscritos a los decretos legislativos 127 y 130 de 2010 y no ofrecen razones de inexecutable específicas respecto del decreto 129 de 2010[3]. La misma situación se presenta en lo relativo a la intervención del Comité de Acción Unitaria de los Pensionados y Extrabajadores de las Comunicaciones quienes restringen su argumentación al decreto 128 de 2010[4] y la intervención de Álvaro Cardona, Decano de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, la cual se centra en el decreto declaratorio de la emergencia social –decreto 4975 de 2009- y los decretos legislativos 128 de 2010 y 133 de 2010.

La ciudadana Nidia Gutiérrez intervino para impugnar la constitucionalidad del decreto 129 de 2010 con base en dos razones. La primera de ellas consiste en que en “el procedimiento seguido para su elaboración (...) no hubo participación de todos los actores involucrados”. La segunda estriba en “el costo del decreto, teniendo en cuenta que en todos los ministerios debe haber funcionarios capacitados para asesorar y elaborar un decreto de estos según los procedimientos correctos (...) Sin embargo al contratar asesores privados la democracia y lo público esta siendo regulado por el sector privado”[6].

La ciudadana Erika Patricia Sarquis Matta intervino para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto legislativo 129 de 2010.

Ataca a la constitucionalidad de la norma señalada con base en que ésta limita, sin justificación alguna, el derecho fundamental de asociación reconocido en el artículo 38 de la Constitución al imponerle a las personas que actúan como operadores de información la obligación de constituirse o transformarse en un término de seis meses en sociedades anónimas. Para explicar su postura afirma que, según la jurisprudencia constitucional, “la libertad de asociación comprende la posibilidad de elegir cualquiera de las formas asociativas que contempla la propia Constitución, garantía que se extiende también a aquellas que son de rango legal, entre ellas, las distintas clases de corporaciones o asociaciones y, dentro de éstas, de sociedades”. En este orden de ideas, sostiene, “el mandato legal [contenido el artículo 12 del Decreto 129 de 2010] conforme al cual los Operadores de Información deben constituirse como sociedades anónimas, no puede fundamentarse en el contenido normativo del artículo 215 de la Constitución Política, en la medida en que la orden dada por el Gobierno Nacional no busca realizar un objetivo de rango constitucional, así como tampoco lo hace adoptando medidas adecuadas y razonables de cara a la consecución del fin perseguido”[7].

También arguye que el artículo 12 del decreto 129 de 2010 no se refiere a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia social pues “las funciones de los Operadores de Información, así como el Sistema de Pago de Aportes a la Seguridad Social a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes –PILA-, no fue –ni mucho menos- la causa, o una de las causas, que dio origen a la declaratoria del estado de emergencia social”. Así mismo, argumenta que la mencionada disposición “en los términos y condiciones establecidos

por la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, no es un mecanismo jurídico necesario ni idóneo para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia social”[8]. Por último, señala que la norma varias veces referida “vulnera los principios de conexidad, finalidad, necesidad, proporcionalidad y motivación suficiente, estructurados por la Corte Constitucional, y no guarda proporcionalidad con la gravedad de los hechos que busca conjurar”.

El ciudadano Miguel Ángel Enciso Pava se pronunció en el proceso de la referencia con el objetivo de impugnar la constitucionalidad del decreto legislativo 129 de 2010. Indica que éste “no puede conjurar una crisis inexistente ni impedir la extensión de sus efectos pues está configurado en un hecho sobreviviente falso (...)”[10]. Agrega que “en ninguno de sus considerandos señaló tácita o expresamente la crisis que pretende conjurar ni los efectos de ésta cuya extensión busca evitar”.

Acto seguido trae a colación cada uno de los considerandos del decreto que se analiza y sostiene frente a todos ellos que los hechos que relatan no son sobrevinientes al ser “circunstancias dentro de las cuales ha venido operando en forma consuetudinaria y desde hace muchos años la prestación de los servicios públicos de salud”[11], producto de una “deficiente administración gubernamental” o de una “desacertada política administrativa, financiera y económica del Gobierno Nacional desarrollada a lo largo de muchos años como situación consuetudinaria”. Concluye entonces que los cuatros considerandos del decreto legislativo 129 “no guardan relación con crisis alguna que deba conjurarse ni con efectos de esta cuya extensión deba impedirse” y que el Gobierno Nacional “debió haber ejercido el derecho de iniciativa que le asiste ante el Congreso de la República así como las facultades que el son propias a tenor del artículo 189 numerales 10) y 11) de la Constitución Política” .

De forma similar, transcribe cada uno de los artículos del decreto legislativo 129 para señalar que las medidas adoptadas en ellos “no se refieren a materias que tengan relación directa y específica con un hecho sobreviviente” y consisten en “asuntos cotidianos de orden administrativo relacionados con problemas ancestrales que deben encararse con el ejercicio de las facultades legislativas ordinarias propias del Congreso y de la potestad reglamentaria que le asiste al Presidente de la República según el artículo 189 numerales 10 y 11 de la Constitución Política”[13]. Específicamente en lo que toca con el artículo 2 del decreto legislativo 129 de 2010 -el cual supedita la celebración y cumplimiento de los contratos de prestación de servicios a la verificación por el contratante del pago de los aportes al sistema de seguridad social y lo autoriza a retener y girar las sumas adeudadas- afirma que restringe a los trabajadores independientes el derecho fundamental al trabajo, les vulnera su derecho a la igualdad y les desmejora sus derechos sociales.

Así mismo, reproduce los considerandos del decreto 4975 de 2009 -mediante el cual se declaró la emergencia social- para señalar que ninguno de ellos contiene un “hecho sobreviviente ni crisis por conjurar ni efectos cuya extensión pueda evitar el Decreto Ley (sic) 129 de 2010”[15].

Finalmente, arguye que el decreto bajo revisión “desconoce los principios fundamentales de respeto a la dignidad humana en el trabajo y de responsabilidad jurídica así como los derechos fundamentales de vida, igualdad, trabajo, libertad de profesión, defensa, debido proceso y salud que asisten a los trabajadores independientes”.

En cuanto a la violación del derecho a la vida sostiene que ésta se debe a que “en el decreto impugnado, para el Presidente de la República y sus Ministros (...) solo resulta prioritario y más

importante en el caso de los trabajadores independientes que éstos paguen las afiliaciones y aportes sin importar las demás necesidades básicas que deben atender para sobrevivir”.

En lo que respecta a la vulneración del derecho a la igualdad esta se configura, a su parecer, porque “los trabajadores independientes no van a recibir la misma protección y trato de las autoridades ni van a gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades que tienen en Colombia los demás trabajadores”.

Se viola también el derecho al trabajo, según el interviniente, ya que “lo desprotege al condicionar su pago al cumplimiento previo de requisitos intimidantes y limitantes tanto para el trabajador independiente como para su contratante a quien se amenaza con graves sanciones”.

En lo que toca con la libertad de profesión, ésta resulta desconocida, a su juicio, “porque no se ha limitado a una función de inspección y vigilancia sino a una verdadera restricción que atenta contra la naturaleza misma de la función laboral” [16].

Respecto a la trasgresión del artículo 29 de la Constitución, que reconoce el derecho al debido proceso, argumenta que el decreto en estudio “condena a los trabajadores independientes como culpables de un hecho sobreviniente inexistente que solo estaba en la mente de quienes lo utilizaron para declarar el estado de emergencia y ejercer las funciones legislativas propias de este”.

Además, a juicio del interviniente, se viola el derecho a la salud pues “en ninguna parte, el artículo 49 de la Constitución Política ha condicionado el derecho a la salud, u otro, por parte de los trabajadores independientes al pago previo de afiliaciones y aportes para cuyo cobro, cuando hay lugar a ello, existen las acciones previstas y reguladas en la Ley” [17].

El ciudadano Iván Montenegro y la ciudadana Laura Piedrahita Campo intervinieron para impugnar la constitucionalidad del decreto legislativo 129 de 2010 ya que “excede el ámbito de la emergencia social y con ello produce afectación de derechos constitucionales de los trabajadores, así como la extralimitación de las facultades de estados de excepción establecidas en la Constitución (...)”[18]. Explican que “se desbordan las medidas tendientes a conjurar la crisis en salud, puesto que con ella se están expidiendo normas relativas al régimen salarial de los trabajadores, una clara evidencia de esto, se concreta en el artículo 9 del decreto objeto de la intervención, a través del que se fija el límite de los particulares respecto de los pagos laborales no constitutivos de salario (...) Adicionalmente, en los artículos 2, 4, 5, y 6 están regulando aspectos relativos al elemento salarial o a los honorarios de los trabajadores estableciendo obligaciones en cabeza de los mismos que no generan o liberan recursos del sistema de salud, sino la modificación al régimen del contrato de trabajo laboral y civil de la contratación de prestación de servicios extralimitando el marco de las competencias asignadas por la Constitución y la Ley, entrando entonces el ejecutivo a legislar sobre materias que no serían de su competencia aún dentro del estado de excepción”[19]. En conclusión, estiman que el decreto de la referencia “regula temas que no se relacionan de manera directa con la crisis en salud, tampoco se relaciona con la justificación del estado de emergencia, y se interpreta que no tiene relación con los considerandos del decreto que declaró la emergencia social”.

El ciudadano Jesús Darío Mora Calvo, como Presidente de la Asociación Sindical de Profesores de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia, se pronunció en el proceso de la referencia con el objetivo de impugnar la constitucionalidad del artículo 9 del decreto legislativo 129 de 2010 el cual prescribe que “Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos



relacionados con los artículos 18 y 204 de la ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración”.

En primer lugar, asegura que la norma referida es inconstitucional porque desmejora los derechos sociales de los trabajadores, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 215 de la Constitución. Para explicar su afirmación indica que (i) “El artículo 18 de la ley 100 de 1993 hace referencia a la base de cotización al sistema general de pensiones, pero, la emergencia social es en salud”, (ii) “Se deroga el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo que establece: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (...)”, (iii) “Se deroga el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo que establece: No constituyen salario las sumas que ocasionalmente por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador (...)”, (iv) “Se realiza una elusión al sistema general de seguridad social en salud y pensiones” y (v) “se favorece al empleador, porque realizará menos aportes a la seguridad social en Salud y Pensiones”[21].

En segundo lugar, fundamenta la inexecutablez del decreto legislativo 129 de 2010 en que no posee relación directa con el estado de emergencia social como lo exige el artículo 215 de la Carta Política. Explica que “el decreto 4975 del 23 de Diciembre de 2009 no establece como motivación, la crisis en el sistema general de pensiones. A pesar de lo anterior, el artículo 9 del Decreto 129 del 21 de enero de 2010, establece de forma ilegal el ingreso base de cotización del trabajador dependiente en el sistema general de pensiones”[22].

#### IV. INTERVENCIONES OFICIALES

En nombre de la Superintendencia Financiera de Colombia intervino Constanza Claudia Caycedo Gutiérrez, Subdirectora de la Subdirección de Representación Judicial y Funciones Jurisdiccionales, para defender la constitucionalidad del decreto legislativo 129 de 2010.

Relata que “La emergencia social se declaró con el propósito de responder a los graves problemas en la prestación del servicio de salud, en la medida en que no se tenían previstos algunos aspectos sobrevinientes que tienen que ser cubiertos por el Sistema de Salud (...) los cuales han generado la sobrecarga del sistema y el enfrentamiento de una crisis tanto estructural como financiera, que día a día ha venido en crecimiento amenazando la continuidad de tales beneficios. De ahí que sus fines más urgentes están encaminados a cubrir el déficit fiscal y regular los recursos financieros destinados para su prestación. Dentro de ese mismo derrotero, el Decreto 129 de 2010 fue expedido por el Gobierno Nacional con el fin de fortalecer los mecanismos de control a la evasión y elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector salud, endureciendo las actividades de Inspección Vigilancia y Control respecto de la asignación, administración y gestión de los recursos del Sistema. Para tal efecto, dicho Decreto implementó acciones orientadas a evitar la erosión de las bases de liquidación de los aportes y que se utilicen los vacíos de la ley para eludir el pago de estas obligaciones, y adoptó disposiciones orientadas, así mismo, a proteger al usuario o cliente del Sistema”[23].

Acto seguido analiza cada una de las medidas del decreto bajo revisión, dividiéndolas en cinco grupos de la siguiente forma:

##### A. Implementación de acuerdos de pago

Respecto de esta medida, contenida en el artículo 1, indica que “con la implementación de la

suscripción de los acuerdos de pago con cualquier aportante –trabajador independiente o empleado- que se encuentre en situación de mora obligaciones relacionadas con el sistema de la protección social, se busca evitar la suspensión de la afiliación”[24].

#### B. Mecanismos de control para evitar la reducción de las bases de liquidación de aportes por parte de los trabajadores independientes

En este grupo ubica las medidas contenidas en los artículos 2, 3, 4, 5 y 6. En lo que toca con el artículo 2 señala que “permite el cumplimiento efectivo por parte de los trabajadores independientes en la obligación de afiliarse y cotizar al sistema general de seguridad social, conforme lo establece la Ley 100 de 1993, radicando la responsabilidad del control en cabeza del contratante”[25]. Por su lado, los artículos 3, 4 y 5 que reforman el Estatuto Tributario, “buscan controlar el pago de los aportes a salud y pensiones, tanto por parte de los asalariados como de los contratistas independientes”. Mientras que mediante el artículo 6 “se adoptan restricciones a la posibilidad de pactar ingresos que se excluyan del Ingreso Base de Cotización, evitando con ello, que se eludan las obligaciones cuando confluyan dichas condiciones”.

#### C. Mecanismos para que las cooperativas de trabajo asociado no se utilicen para la evasión

Afirma que “por medio de la regulación acogida en los artículos 7 y 8 del decreto analizado, se adoptan medidas encaminadas a castigar las conductas detectadas por algunas cooperativas que utilizando esta modalidad asociativa, evaden el pago de las cotizaciones y aportes de la protección social de grupos de profesionales independientes mediante el fraccionamiento en el pago o la agrupación ilegal” [27].

#### D. Control en los pagos laborales a trabajadores particulares y verificación de la capacidad de pago de los afiliados al sistema

En lo relativo a la medida prescrita en el artículo 9 asegura que “se estableció con el objeto de unificar el ingreso base de cotización y a partir de ello, depurar las condiciones que fomenten pactar remuneraciones con alcance no salarial [las cuales] no podrán ser superiores al 40%”[28].

En lo que respecta a los artículos 10 y 11, que contienen medidas relacionadas con la obligación de varias entidades públicas y privadas de transmitir la información requerida por el Gobierno Nacional a fin de verificar la real capacidad de pago de los afiliados, asevera que se constituyen en “mecanismos para conjurar la evasión a los aportes parafiscales y la verificación de la capacidad de pago de los afiliados”[29].

#### E. Vigilancia de los Operadores de Información de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes –PILA.

Explica que, actualmente, dentro de los operadores autorizados de información de la PILA se encuentran entidades de diferente naturaleza jurídica, lo que hace que su vigilancia corresponda a diferentes superintendencias o que ésta de plano no se encuentre asignada a ninguna entidad estatal –como es el caso de las personas naturales o de las asociaciones de administradores del sistema-[30]. Adicionalmente, “es posible que algunas superintendencias no hayan desarrollado un esquema de vigilancia para esa facultad adicional otorgada a las entidades bajo su vigilancia en la medida en que concentran sus recursos de supervisión en la actividad central del objeto social de las respectivas administradoras”.

La situación descrita se ha traducido, según la interviniente, en que se encuentren pendientes de

envío a las administradoras del sistema un número importante de planillas por parte de los operadores de información[32], razón por la cual “tanto la Procuraduría General de la Nación como los Ministerios de Hacienda y Crédito público y el Protección Social, así como la Superintendencia Financiera, se han pronunciado en relación con el tema de la supervisión de los operadores de información”.

En este orden de ideas, asegura, “se requería (...) que los operadores de información de la PILA fueran vigilados y controlados por los organismos del Estado bajo criterios de uniformidad e igualdad, como método que en el corto plazo permita solucionar, a través de un sistema ágil, eficiente y seguro y, sobre todo, debidamente supervisado, los problemas que reporta en su aplicación y distribución el manejo de la información sobre aportes al sistema de seguridad social”[34].

A juicio del interviniente, el artículo 12 del decreto en revisión contribuye al objetivo en razón de que atribuye la competencia de vigilancia de aquellos operadores de información que no la poseían a la Superintendencia de Sociedades y, en todo caso, bajo los criterios usados en la actualidad por la Superintendencia Financiera[35].

Con base en el análisis efectuado, la interviniente concluye que “al examinar la motivación del Decreto 129 de 2010 frente a la motivación que fundamenta la expedición del Decreto 4075, encontramos que existe la debida correspondencia entre este último (causa) y aquél (consecuencia o medida adoptada). En efecto, en varios considerandos del Decreto 4975 de 2009, por medio del cual se declaró la Emergencia Social, se expresa que es necesario (...) 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. A su turno, mediante el Decreto 129 de 2010 se establecen y diseñan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de la protección social, para garantizar la sostenibilidad del Sistema (...) y conjurar la situación de emergencia e impedir la extensión de los efectos derivados del problema financiero que motivo la declaratoria del estado de emergencia social”[36].

En nombre del Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino Nathalia Succar Jaramillo, Asesora del Despacho del Ministro, para defender la constitucionalidad del decreto legislativo 129 de 2010.

Sostiene la interviniente que (i) “las medidas adoptadas mediante el decreto en cuestión tienen una conexidad directa con los hechos que generaron la crisis, por cuanto establecen mecanismos a través de los cuales se fortalecen los recursos y, de esta manera, se contribuye al objetivo de generar liquidez y sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud”, (ii) existe una insuficiencia de la legislación ordinaria ya que “pese a que aparentemente algunas de las disposiciones adoptadas ya operaban en el ordenamiento jurídico, no se tenían herramientas para garantizar su exigibilidad y no existían sanciones efectivas ante el incumplimiento de las obligaciones existentes con el Sistema de Seguridad Social en Salud por parte de algunos responsables como trabajadores independientes, patronos y contratantes de servicios personales” y que (iii) “las medidas adoptadas por el decreto en estudio son idóneas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Para el Gobierno Nacional era necesario garantizar que los recursos se recauden e ingresen de forma efectiva al Sistema General de Seguridad Social, por lo cual resultaba imprescindible adoptar medidas para controlar la evasión en el pago de cotizaciones y aportes al Sistema”[37].

Para fundamentar sus conclusiones aduce que “la falta de sostenibilidad financiera del sistema no depende exclusivamente de un aumento progresivo de los costos que deben cubrirse para la prestación eficiente de los servicios de salud. A ello debe añadirse el hecho de que la configuración original del sistema (...) preveía que el sistema se financiara mediante los aportes obligatorios de los afiliados, calculados en proporción a su capacidad económica, y destinados al cubrimiento de los costos generales del sistema, y al sostenimiento del régimen subsidiado al que debían estar afiliadas las personas con capacidad de pago escasa o nula. El régimen subsidiado está por lo tanto concebido como un régimen de excepción, al que debe pertenecer un porcentaje reducido de la población, del que deben estar excluidas todas aquellas personas con la capacidad de pago suficiente para aportar al sistema”.

Agrega que “esta idea preliminar sobre la que fue articulado el Sistema (...) ha resultado inviable (...) por dos situaciones concomitantes; en virtud de la primera, se ha verificado que es común que las personas obligadas al pago de aportes al sistema de seguridad social evaden la exigencia legal de cotizar de acuerdo con su capacidad contributiva, ya sea mediante el pago de valores inferiores a los que resultarían de la correcta aplicación de las normas, ya sea mediante la afiliación al sistema en calidad de beneficiarios de un cotizante, o incluso inscribiéndose al régimen subsidiado, con las consecuencias en términos de escasez de recursos y desfinanciación que de ello se deriva (...) A las hipótesis mencionadas, que constituyen en estricto sentido el concepto de evasión, debe añadirse los casos en los cuales el obligado se aprovecha de las fallas en la estructura legal que configura el marco normativo de la obligación de contribuir, evento denominado elusión”[38].

Como prueba de lo reseñado indica que datos correspondientes a la vigencia fiscal 2008, los cuales se incrementaron en más de 50% respecto del 2006[39], “se encuentra que 22.119 declarantes de renta se encontraban afiliados al Régimen Subsidiado” lo que le costó al sistema “\$5.369 millones en 2008. Por este mismo concepto se podrían haber dejado de recibir cotizaciones por \$167.632 millones”. Así mismo, “se han detectado a julio de 2009, 57.642 cotizantes a pensiones y 96.964 cotizantes a riesgos profesionales, que no cotizan al régimen de salud”.

A consecuencia de lo anterior “tales personas no colaboran en la medida de sus capacidades económicas al sostenimiento general del sistema, como a partir de la verificación de que tales conductas reclaman recursos originalmente destinados al régimen subsidiado, y que terminan desviándose hacia una población que no debe estar cobijada por ellos, excluyendo a quienes verdaderamente lo necesitan. Ahora bien (...) se debe destacar un segundo efecto resultante de la aplicación de estas medidas y es el relacionado con la depuración del sistema subsidiado frente a las personas que tienen ingresos o patrimonio suficiente para pertenecer al régimen contributivo, y han venido usufructuando los beneficios del sistema solidario al cual no tienen derecho y, por el contrario, deberían solventar”.

Añade que “las situaciones antes descritas tienen un punto crítico en lo relacionado con los trabajadores independientes, tanto por el hecho de que son ellos quienes con mayor frecuencia incurrir en estas las conductas descritas, como por las dificultades, con la normativa vigente, de fiscalizar el cumplimiento de las normas y el pago efectivo de los aportes” [40]. Como prueba de ello, señala que “242.194 trabajadores independientes declararon renta, de los cuales cotizaron por bases inferiores al Sistema de Seguridad Social Integral 165.952 (...) hubieran representado mayores recaudos al Sistema (...) por un monto de \$459 mil millones. Si se sumaran las cantidades que se emplean en subsidiar a personas con capacidad de pago y los recursos que

éstos independientes dejan de pagar, se recaudarían más de \$661 mil millones, monto que si se asumiese que se pudiesen destinar solamente a salud (afiliaciones en el régimen subsidiado) se podrían cubrir 2.7 millones de cupos nuevos”.

Explica que “los controles a los trabajadores independientes se hallaban dispersos, concentrados fundamentalmente en el sector público (vgr. Leyes 828 de 2003 y 1150 de 2007) y no se consagraban consecuencias efectivas para los pagadores contratantes que no efectuaran la verificación de la correcta liquidación de estos aportes. En tal sentido, el decreto 129 de 2010, en el marco de los requisitos que existían en el Estatuto Tributario para la para la deducibilidad de los pagos laborales –que ya estaban condicionados al pago de aportes- simplemente se le dio uniformidad a la norma para que cobijara a los trabajadores independientes, en la misma vía de lo que ha venido haciendo la normativa en materia de seguridad social desde la Ley 100 de 1993”[42].

Finalmente, la interviniente hace algunas aclaraciones respecto de las medidas adoptadas mediante el decreto legislativo 129 de 2010.

En primer término indica que en éste “no se establecieron funciones nuevas para la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- [la cual] fue creada por el artículo 156 de la ley 1151 (...) como una entidad dedicada al control de la evasión de las contribuciones parafiscales de la protección social (...) el decreto legislativo 129 de 2010, concretamente su artículo 3, no creó una nueva función para la UGPP sino que simplemente puntualizo como entraría a operar la entidad tratándose de verificar el pago de aportes a la protección social cuando estos sean tratados como deducciones para efecto de verificar el impuesto sobre la renta”[43].

En segundo término aclara que “las obligaciones establecidas para los contratantes de trabajadores independientes en el decreto 129 de 2010 obedecen a deberes formales de verificación y no tienen consecuencias en los aspectos sustanciales de determinación del ingreso base de cotización, no modificaron las normas sobre la base mínima de cotización (1 smlmv) y aquellas que excepcionalmente permitan aportar a salud sin que ello involucre pensiones u otras coberturas”[44].

En nombre de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República intervino Edmundo del Castillo Restrepo para defender la constitucionalidad del decreto legislativo 129 de 2010. En su intervención reitera los argumentos expuestos en respuesta a las pruebas decretada por este despacho, los cuales serán resumidos en el acápite siguiente[45].

## V. PRUEBAS

Mediante Auto de dos (2) de febrero de 2010 el Magistrado sustanciador decretó la practica de pruebas y ordenó oficiar al Secretario General de la Presidencia de la República, al Ministro de la Protección Social y al Superintendente de Economía Solidaria para que rindieran un informe detallado, por escrito y por medio magnético, en el cual explicaran porqué cada una de las medidas adoptada en el Decreto 129 de 2010: (i) está directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos, (ii) es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente, (iii) guarda proporcionalidad con la gravedad de los hechos que busca conjurar. Igualmente pidió que informara si dichas medidas (iv) limitan derechos constitucionales y si la limitación es proporcional, (v) suspenden la legislación vigente y cual es la legislación

suspendida.

Todos los funcionarios mencionados contestaron de forma idéntica los requerimientos hechos por el despacho. Estos se pronunciaron en el siguiente sentido:

El Decreto 129 de 2010 está directa y específicamente encaminado a conjurar las causas de perturbación y a impedir la extensión de sus efectos.

Manifiestan que el Gobierno Nacional, por medio del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, declaró el Estado de Emergencia Social en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días, en vista del “(...) crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, del orden de dos (2) millones de solicitudes en 2009 (aumento 239%) por un valor de \$1.85 billones de pesos (aumento 280%), [que] comprometen gravemente los recursos del Sistema, deterioran la liquidez de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (cuentas por cobrar de \$3.5 billones) y amenazan la sostenibilidad del Sistema y, por ende, ponen 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”[46].

Narran que al amparo del mencionado decreto se expidió el Decreto 129 de 2010, que adopta medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de protección social.

Explican que “la ley previó cuánto pagar y quién debía hacerlo, no obstante, los obligados eluden o evaden los pagos, como por ejemplo los trabajadores independientes con dos o más contratos que declaran al sistema solo uno de estos o las Cooperativas de Trabajo Asociado que actúan como agrupadoras ilegales para que los aparentes asociados no realicen aportes al Sistema”[47].

Añaden que “Las mediciones de evasión realizadas por la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la información recolectada en el RUA [Registro Único de Aportantes] evidencia que existen al menos dos modalidades.

La primera tiene que ver con el incumplimiento por omisión. Las estimaciones realizadas, al hacer cruces de los registros del RUA con los registros tributarios de la DIAN correspondientes a las declaraciones de renta del año 2006 se encontraron más de 175.000 declarantes de renta que no realizaron ningún aporte al Sistema, de los cuales cerca de 14.000 se encontraban afiliados al Régimen Subsidiado. Así mismo, en el último cruce realizado con las declaraciones de renta de la vigencia 2008 se encontraron 22.119 personas que declararon renta por tener capacidad de pago y que presentaban afiliaciones al Régimen Subsidiado en Salud (...) En reciente cruce con corte al periodo de julio del año 2009, se detectaron 57.642 cotizantes a pensiones y 96.964 cotizantes a Riesgos Profesionales (...) que se encuentran afiliados al Régimen Contributivo en Salud en calidad de beneficiarios de un tercero y no cotizan por sí mismos, en una clara muestra de evasión de los obligados para con el sistema.

La segunda modalidad esta relacionada con la evasión por inexactitud que se estima a partir de los cruces entre los reportes de las administradoras. A partir de estos cruces se evidencia que mediante la manipulación del IBC se cotiza por bases diferentes en perjuicio de los aportes al sistema obligatorio de salud. Igualmente se ha detectado la manipulación de la calidad de la vinculación con el fin de evadir los pagos al régimen contributivo en salud al registrarse en el sistema como beneficiario cuando la persona cuenta con ingresos suficientes para declarar como

afiliado”[48].

Indican que “como resulta apenas razonable, en la búsqueda de recursos la primera gestión que se debe adelantar es la revisión de aquellos propios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que como consecuencia de la evasión en el pago de cotizaciones y aportes no ingresan efectivamente al mismo (...) Es claro entonces que existe una relación expresa, directa y específica entre el decreto dictado y la situación que determinó la Emergencia Social (...)”[49].

Para profundizar en lo dicho, aseveran que “(...) es evidente que la medida tiene una conexidad directa con los hechos que generaron la crisis, por cuanto el Decreto 129 de 2010, establece mecanismos a través de los cuales se fortalecen los recursos y, de esta manera, se contribuye al objetivo de generar liquidez y sostenibilidad (...) En este sentido, las medidas contra la evasión y elusión tienen un doble efecto, por un lado permitirán incorporar al Sistema a quienes no han venido aportando según lo establecido en la normatividad vigente y de acuerdo a su capacidad económica; estos ingresos se adicionarán a las sumas que regularmente están ingresando al Sistema. Ahora bien, al lado de lo anterior, se debe destacar un segundo efecto resultante de la aplicación de estas medidas y es el relacionado con la depuración del sistema (sic) subsidiado frente a las personas que tienen ingresos o patrimonio suficiente para pertenecer al régimen contributivo, y han venido usufructuando los beneficios del sistema solidario al cual no tienen derecho y, por el contrario, deberían solventar”[50].

Agregan que, en términos de la jurisprudencia constitucional, el decreto 129 de 2010 satisface los requisitos de conexidad interna y externa.

En cuanto a la primera exponen que “(...) en las consideraciones del Decreto Legislativo bajo examen el Gobierno tuvo en cuenta la necesidad de obtener recursos que generen liquidez y permitan el saneamiento de las deudas de manera urgente y prioritaria, garantizando la continuidad y la prestación de los servicios de salud, dichos recursos se obtendrán del pago de cotizaciones y aportes al Sistema que no ingresaban al mismo por cuanto los obligados empleaban mecanismos para evadir dichos pagos”[51].

En lo relativo a la segunda expresan que “(...) las causas de la Declaratoria de Estado de Emergencia Social comprenden el crecimiento abrupto de las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y el desbordado crecimiento de su valor, la evidencia de amenaza a la sostenibilidad del Sistema, los déficit de los Departamentos y los Distritos por las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y la alta iliquidez de las entidades, a la que contribuye la evasión del pago de las cotizaciones y aportes por parte de quienes están obligados a hacerlo, es decir aquellos que hacen parte del régimen contributivo en tres vías, afectando los ingresos del Régimen Contributivo y los del Subsidiado puesto que en la medida en que no se aporte por el valor correspondiente no se aporta a la solidaridad por el valor respectivo y generando costos a cargo del Régimen Subsidiado, cuando no debería ser así para aquellos costos en que teniendo capacidad de pago no se cotiza”[52].

Las medidas adoptadas en el decreto 129 de 2010 son necesarias para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Excepción Correspondiente.

En este punto, se limitan a señalar que “(...) es necesario adoptar mecanismos más eficaces para controlar la elusión y la evasión en el pago de las cotizaciones y aportes al Sistema, con el fin de ingresar estos recursos a su flujo[53]”.

Las medidas adoptadas en el decreto 129 de 2010 guardan proporcionalidad con la gravedad de

los hechos que busca conjurar.

Manifiestan que “(...) la medida es proporcional con la gravedad de las circunstancias que exigieron la declaratoria de emergencia, pues no resulta razonable que unos recursos que en virtud de la Ley deban ingresar al Sistema no lo hagan como resultado de maniobras evasivas por parte de los obligados, es decir aquellos que por contar con capacidad de pagos deben hacer parte del Régimen Contributivo y deben realizar aportes”[54].

El Decreto 129 de 2010 no limita derechos constitucionales.

Al respecto, indican que “(...) las medidas adoptadas mediante el Decreto 129 de 2010, no vulneran derechos fundamentales y por el contrario buscan preservar la garantía de los mismos, por cuanto lo que hace es crear un régimen disuasivo y correctivo con el fin de que los contribuyentes evasores cumplan con los pagos establecidos en la Ley (...) Tal como ha tenido oportunidad de expresarlo la Corte Constitucional, las medidas antievasión mejoran la equidad general del sistema, lo hacen más eficiente y le otorgan a la administración herramientas para cumplir sus funciones constitucionales. Es necesario resaltar que el control a la evasión, antes que implicar un límite a las garantías constitucionales del ciudadano, es una actividad necesaria para el cumplimiento de los postulados redistributivos y solidarios”[55].

Así mismo, mediante la misma providencia -auto de dos (2) de febrero de 2010- el Magistrado sustanciador ordenó oficiar a los Secretarios Generales de la Cámara de Representantes y del Senado de la República para que remitieran a esta Corporación el informe motivado que el Gobierno Nacional le presentó en cumplimiento del artículo 215 de la Constitución, acerca de las causas que determinaron la declaratoria de emergencia social hecha mediante el Decreto 4975 de 2009 y las medidas adoptadas en virtud de la misma.

En el mencionado informe, se explicó que “La prestación de los servicios contenidos en el POS del régimen contributivo se financia: i) con las cotizaciones obligatorias en salud que recaudan las entidades promotoras en salud y que deben compensar por afiliado, a través de la subcuenta de compensación del FOSYGA, teniendo en cuenta el valor de la Unidad de Pago por Capitación – UPC definida para tal efecto; y (ii) con las cuotas moderadoras y copagos a cargo de los afiliados. Todos estos recursos tienen la naturaleza de parafiscales, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional.

La prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado (POS-S) se financia con: i) los recursos del Sistema General de Participaciones en el componente de subsidios a la demanda; ii) los recursos de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA; iii) las rentas cedidas a las entidades territoriales derivadas de la operación y explotación de los monopolios rentísticos; iv) el esfuerzo propio de las entidades territoriales; y v) los demás recursos de las entidades territoriales que se destinen para el aseguramiento en salud. Con las fuentes enumeradas se financia el valor de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada –UPC-S.

Las prestaciones no incluidas en el POS-S, a cargo de las Entidades Territoriales, se financian con los recursos de la participación de prestación de servicios de salud del Sistema General de Participaciones en lo correspondiente a los recursos del factor de ajuste para los servicios no incluidos en los planes obligatorios de Salud del régimen subsidiado”[56].

Se añadió que “el gasto derivado de las prestaciones NO POS en el Régimen Contributivo se ha venido atendiendo (...) con los recursos provenientes de las cotizaciones obligatorias de los



afiliados, en principio por excedentes financieros, que se administran en la Subcuenta de Compensación del Fosyga (...)”[57].

Al tener en cuenta las fuentes de financiación del sistema general de seguridad social en salud y los motivos de la declaratoria de la emergencia social, se afirmó que “(...) fue necesario tomar medidas relacionadas con el control de la evasión y elusión de aportes al mismo, mediante la adopción de medidas que eviten la erosión de las bases de liquidación de los aportes y que se utilicen vacíos de la ley para eludir el pago de estas obligaciones.

Entre las medidas adoptadas está evitar la reducción ficticia de las bases y establecer para el pago de los aportes por parte de los profesionales independientes. En especial, se crearon mecanismos para que las Cooperativas de Trabajo Asociado no se desvirtúen y se conviertan en vehículos para la evasión. En efecto, se ha detectado que esta importante figura se ha utilizado para evadir el pago de los aportes de grupos de profesionales independientes mediante el fraccionamiento en el pago o la agrupación ilegal.

Igualmente, se busca garantizar que las personas con capacidad de pago cumplan el pago de sus aportes al sistema obligatorio de salud (...) A su vez, las bases reales de ingreso se deben reflejar en los aportes al sistema, razón por la cual se crean restricciones a la posibilidad de pactar ingresos que se excluyan del IBC (límites a la desalarización).

Por último, se crearon instrumentos que permiten detectar indicios de evasión en el sistema mediante cruces con operadores de bases de información y se establecieron reglas para el control y vigilancia de operadores de información de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes –PILA–”[58].

## VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

La Procuraduría General del Nación encuentra que el decreto legislativo 129 de 2010 cumple con las exigencias formales exigidas por la Constitución Política para los de su clase, pues fue motivado con sustento en el artículo 215 constitucional y en el Decreto 4975 de 2009. Además fue firmado por el Presidente y todos sus Ministros, y fue expedido dentro del período de vigencia del estado de emergencia social declarado mediante el Decreto 4975 de 2009[59].

Respecto del examen material del decreto legislativo de la referencia sostiene que “cumple con los parámetros constitucionales que estructuran una relación de conexidad formal con las causas que adujo el Gobierno Nacional para la declaratoria de la emergencia social e impedir la extensión de sus efectos. En efecto, se advierte que el contenido del decreto 129 de 2010 armoniza con algunas de las causales invocadas en el decreto 4975 de 2009 mediante el cual se declaró la emergencia social, especialmente con lo establecido en los considerandos 7, 9, 12, 15, 41 y 42 de ésta última normativa, aspecto por el cual se cumple la exigencia constitucional de conexidad formal”[60].

No obstante, encuentra que los artículos 6, 11 y 12 del decreto legislativo 129 de 2010 son inconstitucionales.

En relación con el artículo 6 mencionado advierte que “hace referencia a los aportes voluntarios que algunos trabajadores hacen a los fondos de pensiones, e impone a quienes utilizan esta prerrogativa legal la obligación de acreditar, por ese sólo hecho, la afiliación y pagos al Subsistema de Seguridad Social en Salud (...) cada una de estas protecciones tiene identidad propia en el contexto del Sistema de Seguridad Social. El anterior aserto es corroborado por las

disposiciones gubernamentales que permiten realizar aportes al Subsistema de Salud sin que medie afiliación al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones. La norma, en lo referente a esta disposición carece de conexidad interna, pues el objeto y motivaciones del Decreto 129 de 2010 no dice relación con el tema pensional”[61].

En ese sentido, solicita declarar inexecutable la expresión “Toda persona que esté obligada a cotizar al sistema general de seguridad social y efectúe aportes voluntarios a fondos de pensiones deberá acreditar la afiliación y los pagos obligatorios a los sistemas generales de salud y pensiones. Esta obligación se cumplirá de acuerdo con la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional” contenida en el artículo 6 del decreto legislativo 129 de 2010.

En lo que toca con el artículo 11 referido indica que en éste se prescribe que “los operadores de bancos de información y demás instituciones públicas o privadas que administren bases de datos deben suministrar la información a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, para los efectos de la autorización de las prestaciones excepcionales en salud, o para verificar la correcta liquidación de los aportes al Sistema de la Protección Social”[62]. Estima que el contenido normativo descrito “es contrario a lo establecido en la sentencia C-1011 de 2008 sobre la Ley Estatutaria de Habeas Data, en cuanto allí se dijo que toda transferencia de información con el objeto de crear perfiles desconoce derechos fundamentales”. Añade que al respecto que “los datos sobre los bienes y capacidad económica de la persona no entran en la categoría de la presunción de datos públicos y, por ende, en criterio de este Despacho no pueden ser transferidos sin la autorización de la persona de quien se predicen. El acceso al dato personal, en el caso de la norma en estudio, entraña más riesgos para la persona –en cuanto su seguridad e intimidad quedan en entredicho- que beneficios al Estado en la realización de sus fines, y ello implicaría una ponderación en la que el Ministerio Público se inclina por la restricción a la circulación y transferencia de datos (...)”.

En este orden de ideas, solicita declarar inexecutable la totalidad del artículo 11 del decreto 129 de 2010.

Finalmente, estima que el artículo 12 del decreto legislativo 129 de 2010 que impone la obligación de convertirse en sociedades anónimas a los operadores de información que no estén sometidos al control de una superintendencia es inconstitucional “por cuanto existiendo otras formas jurídicas de asociación con las cuales el Estado puede cumplir la finalidad propuesta, no se cumple el requisito de sujeción al criterio de necesidad”[64]. Además, a juicio del Procurador, “la posibilidad de escoger la clase de sociedad (...) hace parte del núcleo esencial del derecho a la libre asociación que se garantiza en el artículo 38 de la Constitución”.

Así las cosas solicita declarar inexecutable la expresión “Los demás operadores de información que no estén sometidos al control y vigilancia de alguna superintendencia deberán constituirse o transformarse, en un término de seis (6) meses, en sociedades anónimas que serán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, en las condiciones descritas en el inciso anterior”, contenida en el artículo 12 del decreto legislativo 129 de 2010.

Respecto de los demás artículos el Jefe del Ministerio Pública afirma no tener objeción alguna.

## VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

De conformidad con lo señalado por los artículos 214.6 y 241.7 de la Constitución Política esta

Corporación es competente para conocer del proceso de la referencia.

2. El examen de constitucionalidad del Decreto 129 de 2010.

Mediante la sentencia C-252 de 2010 se declaró la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 “por el cual se declara el estado de emergencia social”. Así mismo, se decidió diferir los efectos de esta inconstitucionalidad respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación.

El decreto legislativo 129 de 2010 fue expedido en virtud del estado de emergencia social adoptado por medio del Decreto 4975 de 2009 y por lo tanto, a raíz de la declaratoria de inexecutable de este último, deviene a su vez en inconstitucional. Ahora bien, habida cuenta de que las materias reguladas por el Decreto 129 de 2010 no se refieren a fuentes tributarias de financiación, conforme a lo dispuesto en la sentencia C-252 de 2010, no hay lugar a un efecto diferido de la inconstitucionalidad por consecuencia que se declara en la presente sentencia.

#### VIII. DECISION

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

RESUELVE:

**Primero.** Declarar INEQUILIBRADO el decreto legislativo 129 de 2010 “Por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de protección social y se dictan otras disposiciones”.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

Ausente en comisión

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Aclaración de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO  
A LA SENTENCIA C-291 DE 2010

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE  
DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL-Efectos de la Inexequibilidad  
(Aclaración de voto)

Referencia: expediente RE-160

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo número 129 de veintiuno (21) de enero de dos mil diez (2010) “Por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de protección social y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado se ve precisado a aclarar su voto en los siguientes términos.

En primer lugar, es necesario reiterar brevemente los argumentos del salvamento parcial de voto expresado en la sentencia C-252 de 2010 en relación con la decisión de diferir los efectos de la inconstitucionalidad del decreto 4975 de 2009, declaratorio de la emergencia social, respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación. Como señalé en aquella oportunidad, el uso del efecto diferido en una decisión de inconstitucionalidad de un decreto declaratorio de un estado de excepción avala una práctica sumamente nociva para el funcionamiento democrático de nuestras instituciones, práctica de conformidad con la cual el

poder ejecutivo decreta un estado de excepción que incumple con los presupuestos fáctico y de suficiencia, razón por la cual asume que será declarado inconstitucional, pero, amparado en la gravedad de la situación, espera que los efectos de esta inexecutable se difieran, consiguiendo así suplantar, al menos por un tiempo, al órgano legislativo en la expedición de normas jurídicas con fuerza de ley con un compromiso importante del principio de separación de poderes. Adicionalmente, el diferimiento de los efectos de una inconstitucionalidad es una escisión inaceptable del juicio de validez de la norma jurídica y de los efectos del mismo. Ello priva de toda eficacia a la decisión de inexecutable, pues aunque formalmente se retira del ordenamiento jurídico la disposición, por ser contraria al artículo 215 de la Carta Política, ésta sigue produciendo efectos. En otras palabras, se permite que una norma inconstitucional siga produciendo efectos jurídicos, con lo cual no habría diferencia alguna entre declararla executable o inexecutable, situación que se agrava si se esta en el marco de un estado de excepción.

En segundo lugar, específicamente en relación con el proceso de la referencia, aclaro mi voto frente a una de las consideraciones contenida en el fallo. En la sentencia se indica que “habida cuenta de que las materias reguladas por el Decreto 129 de 2010 no se refieren a fuentes tributarias de financiación, conforme a lo dispuesto en la sentencia C-252 de 2010, no hay lugar a un efecto diferido de la inconstitucionalidad por consecuencia que se declara en la presente sentencia”. Con esta afirmación, se hace un juicio de fondo sobre una norma que simplemente ha debido declararse inconstitucional por consecuencia y sobre la que, por tanto, no procedía un análisis ni material ni formal. Esta contradicción es consecuencia directa de los efectos paradójicos que genera, a mi juicio, la utilización del efecto diferido en la decisión de inconstitucionalidad de un decreto declaratorio de estado de excepción.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Y JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA C-291 DE 2010

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE SALUD- Inexecutable diferida (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE SALUD- Efectos diferidos (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETOS DE ESTADOS DE EXCEPCION- Alcance (Aclaración de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE SALUD- Sentencia diferida ultra activa desconoce los fundamentos constitucionales de la ratio decidendi (Aclaración de voto)

Referencia: expediente R.E.160

Revisión constitucional del Decreto Legislativo número **129 del 21 de enero de 2010**, “Por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de protección social y se dictan otras disposiciones.”

Magistrado Ponente:

**HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional procedemos a hacer explícitas las consideraciones que nos llevaron a aclarar el voto sobre la sentencia C-291 de 2010, que atiende específicamente la afirmación consistente en que al no haber regulado el Decreto 129 de 2010 fuentes tributarias de financiación no se hacía necesario entrar a diferir los efectos de la sentencia de inexecutableidad.

Los argumentos que soportan nuestra aclaración de voto parten de señalar que en la sentencia C-252 de 2010 se declaró inexecutable la declaración del estado de emergencia social en salud, sin embargo, como la mayoría de la Corte dispuso a renglón seguido conceder efectos diferidos a los decretos de desarrollo que instituyeran fuentes tributarias de financiación, nos llevó a salvar parcialmente el voto, y de ahí que ahora procedamos a aclarar el voto aunque participemos de la inexecutableidad por consecuencia del presente decreto.

Por lo tanto, reafirmamos las consideraciones que nos llevaron a salvar parcialmente el voto sobre el decreto matriz toda vez que recoge acertadamente los argumentos que nos permiten hoy aclarar el voto:

“1. Nuestra discrepancia radica esencialmente con el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia que dispuso: “Los efectos de la presente sentencia respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación se determinarán de acuerdo con el considerando 7.3.”.

Dicha determinación se fundamentó, para la mayoría de la Sala Plena, en que al reconocerse la presencia de una situación que reviste de “gravedad” en materia de sostenibilidad financiera del sistema de salud, se justifica que algunos decretos de desarrollo puedan mantener una vigencia temporal, concretamente los que establecen fuentes tributarias de financiación, para no hacer más gravosa la situación y poder garantizar de forma provisoria mayores recursos. También se indicó que frente al vacío legislativo que acontece por la declaración de inconstitucionalidad sobreviniente se generarían mayores consecuencias para la prestación adecuada y oportuna del servicio, y el goce efectivo del derecho, lo cual, encuentran, hace indispensable conceder un plazo adicional, así como prever el destino de tales recursos y control de los mismos.

2. Quienes nos apartamos de los anteriores razonamientos consideramos que la Corte termina contradiciendo su propia sentencia en cuanto al objeto de protección y garantía constitucional como lo fue el respeto por los principios democrático, participativo y de separación de poderes, que fundamentan el Estado de derecho (arts. 1º y 113 superiores).

3. Debemos empezar por señalar que este Tribunal ha recurrido a la modalidad decisional de “inexecutableidad diferida” bajo unas precisas condiciones y circunstancias, que pueden sintetizarse así: i) el carácter excepcional de su empleo, ii) ha de constituir la única alternativa para la defensa integral del orden constitucional, iii) no está sujeta a valoraciones de

conveniencia o políticas, iv) tiene que estar motivada y suficientemente justificada, y v) debe constatar que la inexecutable inmediata ocasiona un vacío legal tan traumático que la situación constitucionalmente sería más grave que el mantenimiento en el ordenamiento jurídico de la normatividad acusada, por lo cual el Tribunal establece un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad.[66]

Los casos en que esta Corporación ha apelado de manera estricta a esta modalidad decisoria lo han sido, en términos generales, para periodos de normalidad institucional, esto es, de no alteración del orden público.[67] Ello sin desconocer su referencia en los estados de excepción pero circunscrito a si la inconstitucionalidad sobreviniente del decreto de desarrollo tiene efectos hacia el futuro (a partir de la sentencia) o pueden retrotraerse a la expedición del decreto, o incluso a partir de la sentencia que declaró inexecutable el decreto declaratorio.

4. En lo concerniente al alcance del control de constitucionalidad sobre los estados de excepción, la Corte ha manifestado que debe ser especialmente rigurosa -en principio un juicio estricto de constitucionalidad- atendiendo la invasión de la órbita del legislador ordinario y la restricción que pueda conllevar de las libertades ciudadanas. Ha afirmado que como a la declaratoria del estado de excepción le es consustancial un rediseño transitorio del funcionamiento del Estado, el Constituyente fue particularmente metódico en estipular controles jurídicos y políticos para contrarrestar los eventuales excesos del Ejecutivo, mantener el sistema democrático, salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos, y garantizar el disfrute pleno de los derechos y libertades ciudadanas.[69]

Además, el artículo 215 de la Constitución preceptúa que los decretos de desarrollo que se expidan podrán “en forma transitoria” establecer nuevos tributos o modificar los existentes, precisando que en estos últimos casos las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente. Debe observarse que la “temporalidad” que se establece sólo respecto de las “medidas tributarias” (la regla general es la vigencia indefinida) busca en palabras de la Corte salvaguardar el principio democrático (no suplantación definitiva de la voluntad popular y la democracia representativa), esto es, evitar el abuso del poder dada la máxima de que “no hay tributo sin representación” (principio de legalidad).[70]

5. En el presente asunto, la Corte acogió por unanimidad la declaración de inexecutable del Decreto Legislativo 4975 de 2009 que declaró el estado de emergencia social en salud, tal como consta en el numeral primero de la parte resolutoria, que tuvo como fundamento esencial:

- La inexistencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios por la presencia de una problemática estructural, generada de tiempo atrás y recurrente que concierne al diseño, organización y sostenibilidad del sistema de salud en Colombia, además de que no pudo evidenciarse una agravación rápida e inusitada de un fenómeno ya existente. Específicamente, sobre la sostenibilidad financiera se expuso con base en sentencias del Consejo de Estado y de este Tribunal Constitucional la importancia de liberar recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga y de la regresividad que algunas medidas legislativas presupuestales hubieran representado para la población subsidiada de no declararse su inexecutable. Las situaciones de abuso, evasión, elusión, ineficiencia administrativa y corrupción expuestas en el decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud y las pruebas acopiadas llevaron a la Corte a señalar el deber de atacar las causas que propician el desequilibrio financiero antes que sus consecuencias, con políticas estables y profundas cuidadosamente diseñadas y razonadas, pues, de lo

contrario sería realizar grandes esfuerzos fiscales para tratar de llenar un saco roto.

- Para esta Corporación si bien la valoración que hizo el Ejecutivo sobre la “gravedad” de la perturbación del orden social no resulta arbitraria, ni producto de un error manifiesto por las dimensiones que ha alcanzado con el transcurrir del tiempo la problemática estructural en salud en lo que concierne a la sostenibilidad financiera, ello no se muestra con la misma claridad respecto de la “inminencia” que debe demostrarse por no haberse acreditado suficientemente la existencia de un serio peligro o la materialización en cualquier momento de un colapso del sistema, ni que se esté ante una situación insalvable o incontenible.
- También pudo comprobarse la existencia de un marco de competencias y de poderes ordinarios suficientes con vista a prevenir y corregir la problemática estructural que se presenta en el sistema de salud, los cuales consideró la Corte que pudo haberse empleado desde el primer momento por el Ejecutivo y puede hoy en día hacerlo. Concretamente refirió a la imperiosa necesidad de acudir al proceso de discusión pública, esto es, al foro democrático por excelencia que es el Congreso de la República, en virtud de los principios de separación de poderes, democrático, participativo y pluralista, a efectos de tratar lo correspondiente al diseño, la organización y la sostenibilidad financiera del sistema. Recalcó esta Corte que incluso a corto plazo el Gobierno cuenta con un marco de atribuciones ordinarias (trámite de leyes) que puede ejercer con mensaje de urgencia, además de las que dispone directamente en ejercicio de la potestad reglamentaria, para atender con la mayor prontitud y profundidad posible la situación deficitaria presupuestal. Adicionalmente, dispuso que tal problemática estructural fuera abordada en el Plan Nacional de Desarrollo, como también permitió residualmente el recobro por los entes territoriales ante el Fosyga de los servicios y medicamentos no POS-S que se requieren con necesidad, al igual que requirió a los órganos de control para que evitaran la dilapidación de los recursos de la salud.

En esa medida, para la Corte al no cumplirse ninguna de las exigencias previstas en el artículo 215 de la Constitución para la declaratoria del estado de emergencia social en salud, esto es, los presupuestos fáctico, valorativo y de suficiencia de los medios ordinarios (observancia concurrente para superar el juicio de constitucionalidad), la Corte procedió de forma unánime a declarar la inexecutable del Decreto Legislativo 4975 de 2009.

6. Es claro para la Corte, entonces, que frente a la inexecutable del decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud los decretos de desarrollo devienen en inconstitucionales. Así lo ha sostenido este Tribunal al indicar que cuando se declara la inconstitucionalidad de un decreto legislativo (estados de excepción) que constituye el origen, la causa o el fundamento jurídico para la expedición de otros decretos, deben igualmente desaparecer del ordenamiento jurídico los que se expedieron en su desarrollo por ausencia de base jurídica, siempre que exista una relación de causa a efecto entre la norma causal y la derivada.[71] Ha dicho este Tribunal:

“declarada la inexecutable del decreto básico, el Presidente de la República queda despojado de toda atribución legislativa derivada del estado de excepción y, por ende, ha perdido la competencia para dictar normas con fuerza de ley.”[72] Negrillas al margen del texto transcrito en comentario.

7. La modalidad decisional de efectos diferidos acogida por la mayoría de la Sala Plena se muestra lejana a la observancia de los postulados constitucionales toda vez que una lectura holística permite apreciar que bajo la expedición de un decreto declaratorio de “estado de



excepción” -anormalidad institucional, emergencia social en salud-, que implica un juicio estricto de constitucionalidad -invasión de las atribuciones del legislador ordinario- y es declarado inexecutable por haber desconocido el principio democrático, además del participativo y de división de poderes que son expresiones del Estado de derecho, la Corte haya recurrido a una modalidad de sentencia sobre los decretos de desarrollo que resulta de uso “excepcional” por los tribunales constitucionales -efectos diferidos de carácter “ultra activos-, que comporta mantener vigente un decreto emitido por el Ejecutivo sin que se hubieren presentado las circunstancias para su expedición, en periodos de no alteración del orden público, respecto de una materia tributaria cuya vigencia por disposición del Constituyente es efímera -regla general es la contraria, vigencia indefinida-, que busca salvaguardar igualmente el principio democrático -no hay tributo sin representación, principio de legalidad-.

8. El anterior esquema expositivo nos permite concluir a quienes salvamos el voto sobre el numeral segundo de la sentencia C-252 de 2010, en el desconocimiento de una línea jurisprudencial pacífica y consistente que termina por flexibilizar hasta desaparecer el juicio estricto de constitucionalidad, sin que se hubiere expuesto mayores fundamentos jurídicos, además de también verificarse la existencia de una contradicción argumentativa que termina por descartar el objeto de garantía constitucional que motivó la sentencia de inconstitucionalidad.

8.1. Respecto de una de las formas de estado de excepción (declaratoria del estado de emergencia social en salud) encontrada inexecutable, la mayoría de la Corte procedió a emplear una modalidad de sentencia sobre algunos decretos de desarrollo que resulta de uso extraordinario, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, que la ha limitado implícitamente en su aplicación para tiempos de normalidad institucional (efectos diferidos ultra activos) y que concierne a una materia de regulación transitoria (carácter temporal de las normas tributarias) y no permanente (regla general), sin que se hubieren expuesto mayores razonamientos constitucionales para llegar a tal determinación.

**8.2. La aplicación de la modalidad de sentencia diferida ultra activa termina por desconocer en un grado significativo los fundamentos constitucionales -ratio decidendi- que llevaron de manera unánime a la Corte a declarar la inexecutable del decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud, centrada en el respeto por el principio democrático como espacio de razón pública.**

8.3. Al permitirse que continúen vigentes algunos decretos de desarrollo se termina generando un contra argumento a la sentencia de inconstitucionalidad. Como se ha explicado y aunque resulte insistente, no fueron encontradas validas a la luz de la Constitución los hechos que adujo el Gobierno para la declaratoria del estado de emergencia por cuanto pudo determinarse que:

i) se está ante una problemática estructural que concierne al diseño, organización y sostenibilidad financiera del SGSSS[73] (atribución legislativa) sin que pueda observarse la adopción de medidas legislativas profundas para su atención oportuna, ii) se presentan situaciones de abuso, ineficiencia administrativa y corrupción que desequilibran aún más la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que debe controlarse el destino de los recursos públicos, iii) no logró demostrarse una inminencia en la perturbación del orden social o de una situación insalvable o incontenible, y iv) se dispone de un marco de competencias ordinarias a corto, mediano y largo plazo, suficientes para prevenir y corregir la problemática en salud con oportunidad y eficiencia (diseño de las políticas públicas en salud), lo cual por la materia que incumbe debe agotar indefectiblemente el camino de la democracia, el proceso de discusión pública, el trámite participativo y pluralista ante el Congreso, todo en la búsqueda del respeto por los derechos de

los usuarios del servicio de salud.

Entonces, cómo es posible sostener bajo una modalidad decisoria ultra activa, que luego de la comprobación constitucional de la inacción del Estado para establecer unas políticas profundas, serías y estables en salud reconocida además por los actores de la salud, del desgreño administrativo y corrupción campeante sobre los recursos de la salud expuesta por el Gobierno y aceptada igualmente por los agentes de la salud, y de haberse encontrado finalmente por la Corte inconstitucional el decreto declaratorio del estado de emergencia social en salud por sustituir uno de los pilares del Estado de derecho como lo es el principio democrático, deba premiarse por el mismo garante de la Constitución tal situación manteniendo temporalmente algunas medidas extraordinarias tributarias que al rompe puede apreciarse que deben obedecer con mayor ahínco a la expresión de la voluntad popular y la democracia representativa bajo un proceso de discusión pública ante el Congreso (art. 215 superior).

**8.4. Si el motivo de la inconstitucionalidad fue la inobservancia del principio democrático del cual emerge un proceso de discusión pública que busca garantizar la participación, el pluralismo y la publicidad, en correspondencia con los principios de soberanía popular y de separación de poderes, no es posible entender que la mayoría de la Sala Plena haya optado por habilitar constitucionalmente una modalidad de decisión que termina por desvirtuar el mismo objeto de protección constitucional acogido por unanimidad de la Corte. Ha de reiterarse que la procedencia de las sentencias de inexecutable diferida o de constitucionalidad temporal se ha limitado en tiempos de normalidad del Estado a que constituya “la única alternativa que posibilite la defensa integral del orden constitucional. No se trata entonces de una decisión sujeta a valoraciones políticas o de conveniencia, sino [e]l resultado de un estudio de los efectos del fallo de inexecutable sobre las normas constitucionales.”[74]**

8.5. Si bien la Corte reconoció la “gravedad” de la situación financiera que atraviesa el sistema de salud, ello lo fue bajo el contexto de la inexistencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios, de la no acreditación de una inminencia (requisito concurrente con la gravedad para configurar el presupuesto valorativo) y de la existencia de un conjunto de atribuciones ordinarias para conjurar la problemática integral en salud (trámite de ley ordinaria con mensaje de urgencia).

8.6. Al disponer la mayoría de la Sala Plena sobre los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias de financiación i) un plazo determinado de vigencia, ii) cuál será el destino de los recursos y iii) la adecuada vigilancia por los órganos de control, termina la Corte efectuando un juicio de constitucionalidad material sobre lo que resulta inconstitucional por consecuencia pero diferido en el tiempo, a más de que entra a modificar el contenido normativo del decreto en una especie de “executable condicionada”. El planteamiento expositivo empleado por la mayoría de la Sala Plena permite colegir que los decretos de desarrollo que en virtud de la modulación de la sentencia mantendrían su vigencia transitoria, tampoco hubieran superado el más flexible control de constitucionalidad.

8.7. Incluso partiendo del supuesto de la procedencia de los efectos diferidos ultra activos en los estados de excepción, no se cumplirían los presupuestos que se han instituido para su procedencia en periodo de normalidad institucional (deberían resultar aún más rigurosos para los periodos de alteración del orden público), toda vez que el Gobierno siempre ha dispuesto constitucional y legalmente de diversas atribuciones ordinarias como la iniciativa legislativa con mensaje de urgencia, además del ejercicio de la potestad reglamentaria, para atender con

oportunidad, profundidad y eficiencia la situación financiera que aqueja al sistema de salud. Así tampoco se cumple el requisito que hubiera habilitado una inconstitucionalidad diferida bajo el supuesto indicado, esto es, que constituya la “única alternativa” que posibilite la defensa integral de la Constitución, que vendría por demás a restar todo sustento jurídico al presunto vacío legislativo que supuestamente había generado una situación de mayor inconstitucionalidad, cuando la realidad es que la consecución del diseño de la política pública en salud implica abordarla, a más de la inmediatez, bajo un proceso de discusión pública que atienda y resuelva con pertinencia y de manera sustancial la problemática estructural que aqueja el sistema de salud.

8.8. Entonces, puede sostenerse que la Corte buscó rescatar el principio democrático, no obstante con la modulación de la sentencia terminó otorgando vigencia temporal a algunos decretos extraordinarios de desarrollo que justamente resultaban inconstitucionales por consecuencia al suplantar el camino de la democracia, para finalmente la Corte enjuiciar materialmente dichos decretos estableciéndoles unos cambios normativos que terminan por desvirtuar aún más el proceso de discusión pública que debe agotarse ante el Congreso.

La pretensión de la mayoría de la Sala Plena consistente en desligar los efectos de una sentencia respecto de la ratio decidendi que motiva la misma, termina por desconocer la necesaria congruencia que precede a toda decisión constitucional, como su observancia y apreciación integral.

8.9. Preocupa altamente a quienes en esta oportunidad salvamos parcialmente el voto que el centro del debate haya quedado reducido a los efectos de una sentencia cuando la Constitución impone edificar una determinación a partir de su eficacia misma, teniendo siempre como norte inalterable la supremacía e integridad de la Carta Política (art. 241 superior).[75]

8.10. De ahí que el modo de ejercer la defensa integral de la Constitución Política estaba dado en declarar la inexequibilidad consecuencial de todos los decretos de desarrollo, sin tener que acudir a modulación alguna sobre los mismos.”

Así dejamos expresados los argumentos que nos llevan a aclarar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-291 de 2010

Referencia: expediente RE-160

Asunto: Revisión oficiosa de constitucionalidad del Decreto Legislativo 129 de 2010, "por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de protección social y se dictan otras disposiciones"

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, en la cual se decidió declarar inexecutable por consecuencia el Decreto 129 de 2010, en razón a que en su momento salvé mi voto frente a la sentencia C-252 de 2010, en la cual se decidió declarar la inexecutable del Decreto 4975 de 2009 y al mismo tiempo otorgar efectos diferidos a dicha inexecutable en relación con las medidas tributarias.

En este sentido, me permito reiterar aquí las razones que dieron lugar a mi disenso en relación con la decisión modulada adoptada en la sentencia C-252 de 2010, por cuanto considero que tal modulación de los efectos del fallo en mención resulta contradictoria y riesgosa por las siguientes razones que expuse en el correspondiente salvamento de voto:

**"(i) Es una decisión que conlleva una insalvable contradicción jurídica en tanto de un lado se declara la inexecutable de una norma y de otro lado se prolonga en el tiempo la vigencia jurídica de la misma, aunque sea parcialmente, lo cual es de entrada contradictorio desde el punto de vista jurídico y lógico, por cuanto la declaratoria de inexecutable del tribunal constitucional como "Legislador negativo" es la expulsión de las normas declaradas inexecutables del ordenamiento jurídico. En este caso, la Corte declara que un Decreto que declara una emergencia social es inexecutable, lo cual debería tener la consecuencia de expulsar de inmediato del ordenamiento jurídico tal normativa, sin embargo, la Corte, deja vigentes en el tiempo unas medidas, respecto de las cuales adicionalmente ha reconocido expresa y claramente en el fallo la absoluta carencia de competencia por parte del órgano que las profiere, lo cual entraña a todas luces una clara contradicción lógica y jurídica;**

**(ii) Es una decisión que implica un gravísimo menoscabo a la plenitud y vigencia del estado de derecho, a sus formas y procedimientos, en tanto se convalidan, así sea transitoriamente, medidas tributarias expedidas con absoluta carencia de competencia por parte del Gobierno;**

**(iii) Es una decisión que riñe con el texto constitucional por cuanto de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política, el Gobierno solo podrá habilitarse para establecer nuevos tributos o modificar los existentes, con el propósito de afrontar directa y específicamente el estado de emergencia, cuando se acrediten todos los presupuestos (fáctico, valorativo y de suficiencia) derivados de dicho precepto superior; y,**

**(iv) Finalmente, pero no menos importante, esta es una decisión riesgosa, porque se crea un deplorable precedente, según el cual, independientemente del uso indebido que se le de a las facultades de excepción, el Gobierno podrá confiar en la benevolencia y comprensión del tribunal constitucional, quien, al margen de los exigentes presupuestos que la Constitución ha establecido para la declaratoria de un estado de emergencia, convalidará las decisiones tributarias por razones diferentes a las estrictamente constitucionales;**

Por todo lo anterior, el suscrito magistrado reitera que la modulación de los efectos de este fallo resulta claramente contradictoria y riesgosa, y que la única forma de defender a cabalidad la integridad de la Constitución, así como la vigencia del estado de derecho, y del principio de separación de poderes, era declarando la **inexecutable integral** y sin condicionamientos, ni

modulaciones del Decreto 4975 de 2009.

Por las razones expuestas anteriormente discrepo de la decisión mayoritaria adoptada en esta sentencia, respecto de la inexecutable con efectos diferidos del Decreto 4975 de 2009."

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

Fecha ut supra

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Folio 167-169, cuaderno principal.

[2] Folios 197-198, cuaderno principal.

[3] Folios 258-262, cuaderno principal.

[4] Folios 253-254, cuaderno principal.

[5] Folios 421-472, cuaderno principal.

[6] Folios 251 y 252, cuaderno principal.

[7] Folio 317, cuaderno principal.

[8] Folios 318-319, cuaderno principal.

[9] Folio 319, cuaderno principal.

[10] Folio 327, cuaderno principal.

[11] Folio 328, cuaderno principal.

[12] Folio 329, cuaderno principal.

[13] Folio 331, cuaderno principal.

[14] Folio 331, cuaderno principal.

[15] Folio 337, cuaderno principal.

[16] Folio 345, cuaderno principal.

[17] Folio 346, cuaderno principal.

[18] Folio 347, cuaderno principal.

[19] Folio 349-350, cuaderno principal.

[20] Folio 350, cuaderno principal.

[21] Folios 353-354, cuaderno principal.

[22] Folio 357, cuaderno principal.

- [23] Folio 362, cuaderno principal.
- [24] Folio 364, cuaderno principal.
- [25] Folio 365, cuaderno principal.
- [26] Folio 366, cuaderno principal.
- [27] Folio 366, cuaderno principal.
- [28] Folio 367, cuaderno principal.
- [29] Folio 367, cuaderno principal.
- [30] Folio 371, cuaderno principal.
- [31] Folio 371, cuaderno principal.
- [32] Folio 369, cuaderno principal.
- [33] Folio 370, cuaderno principal.
- [34] Folio 372, cuaderno principal.
- [35] Folio 372, cuaderno principal.
- [36] Folios 374-375, cuaderno principal.
- [37] Folio 385, cuaderno principal.
- [38] Folios 386-387, cuaderno principal.
- [39] Folio 288, cuaderno principal.
- [40] Folio 387, cuaderno principal.
- [41] Folio 388, cuaderno principal.
- [42] Folio 388 y 389, cuaderno principal.
- [43] Folio 391, cuaderno principal.
- [44] Folio 391, cuaderno principal.
- [45] Folio 397-420, cuaderno principal.
- [46] Folio 105, cuaderno principal.
- [47] Folio 112, cuaderno principal.
- [48] Folio 115, cuaderno principal.
- [49] Folio 110, cuaderno principal.
- [50] Folio 111, cuaderno principal.
- [51] Folio 112, cuaderno principal.

[52] *Ibíd.*

[53] Folio 114, cuaderno principal.

[54] Folio 114, cuaderno principal.

[55] Folio 114, cuaderno principal.

[56] Folio 35, cuaderno principal.

[57] Folio 24, cuaderno principal.

[58] Folio 55, cuaderno principal.

[59] Folio 499, cuaderno principal.

[60] Folio 501, cuaderno principal.

[61] Folio 502, cuaderno principal.

[62] Folio 502, cuaderno principal.

[63] Folio 504, cuaderno principal.

[64] Folio 504, cuaderno principal.

[65] Folio 505, cuaderno principal.

[66] Sentencias C-852 de 2005, C-551 de 2003 y C-221 de 1997. Para la Corte Constitucional se explica así la aparente paradoja de que constatare la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia porque en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la normatividad impugnada del ordenamiento jurídico por los graves efectos que ella acarrea sobre otros valores y principios constitucionales (C-221 de 1997).

[67] Sentencias C-720 de 2007, C-737 de 2001, C-141 de 2001, C-700 de 1999 y C-221 de 1997.

[68] Sentencias C-619 de 2003, C-186 de 1997 y C-171 de 1993.

[69] Sentencia C-619 de 2003.

[70] Sentencia C-224 de 2009. Cft. sentencia C-776 de 2003.

[71] Sentencia C-530 de 2000. Cft. sentencia C-284 de 2009.

[72] Sentencia C-488 de 1995.

[73] Sistema General de Seguridad Social en Salud.

[74] Sentencia C-221 de 1997. Cft. sentencia C-737 de 2001.

[75] Cft. sentencia C-619 de 2003.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

