

Bogotá D.C., Julio 8 de 2020

Doctor

**José Fernando Reyes Cuartas**

**Magistrado Sustanciador**

**CORTE CONSTITUCIONAL**

**Ciudad**

Ciudad.

**Ref: Expediente RE-327**

**Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 800 de 2020 "Por el cual se adoptan medidas para el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y mantener la afiliación al mismo de quienes han perdido la capacidad de pago, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".**

**Auto del diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020). Bogotá, D.C.**

**DAVID HERNANDO BARBOSA RAMÍREZ**, en calidad de Profesor Titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, y manifestando expresamente que **mi posición es exclusivamente académica y no compromete en nada la responsabilidad de la Universidad del Rosario**, procedo mediante el presente escrito a dar respuesta a la invitación contenida en el numeral quinto de la parte resolutive del auto de la referencia, en los siguientes términos:

## **CONCEPTO**

Una vez efectuado el análisis del Decreto Legislativo 800 de 2020 a la luz de la jurisprudencia constitucional y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción LEEE, se considera que el mismo **es Inconstitucional.**

Para demostrar la falta de adecuación del Decreto Legislativo en mención a los requisitos exigidos por la Constitución, la LEEE y la jurisprudencia constitucional, en primer lugar se hará referencia a los Principios Constitucionales de la Seguridad Social y la naturaleza

jurídica de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud. En segundo lugar, se demostrará cómo la norma en análisis contradice los principios constitucionales de la seguridad social. Finalmente, se describe como el Decreto no supera el Juicio de conexidad material y finalidad, ni el juicio de no contradicción específica.

### **1. Principios Constitucionales de la Seguridad Social. Naturaleza jurídica de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud.**

El artículo 48 de la Constitución Política consagra que la prestación de los servicios de la seguridad social se *“prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”* (subraya fuera de texto). En el mismo artículo el constituyente definió la calidad de parafiscales de los recursos del mencionado servicio público al afirmar que *“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.”*

La jurisprudencia constitucional ha sido precisa al reconocer la mencionada condición de recursos parafiscales de todos los dineros de los que trata el Decreto Legislativo 800 de 2020. Como sentencia hito al respecto es pertinente aludir a la SU-480 de 1997 en la que se consagra

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto. Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal. Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. (subraya fuera de texto)

Como efecto necesario de la calidad de parafiscales, la sentencia en mención indica como *... el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. En consecuencia las Entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios.”* (subraya fuera de texto)

Los destinatarios de los recursos de que trata el Decreto Legislativo 800 de 2020 son las entidades encargadas del aseguramiento (EPSs) y las entidades territoriales, NO las instituciones prestadoras de servicios de salud. Adicionalmente, cómo se verá más adelante, es la ampliación de cobertura en virtud de la solidaridad una de las funciones propias de la seguridad social, y no el tratar de reparar las consecuencias de las fallas del Ejecutivo en torno al cumplimiento de las normas laborales en el sector salud.

Adicionalmente, aun cuando no es propio del control constitucional hacer mención a elementos de política pública, es del caso señalar que la consagración de dichos recursos como parafiscales tiene un importante antecedente en la historia de la Nación, dado que antes de la Carta del 91 el Ejecutivo tenía como práctica disponer de dichos recursos para temas ajenos a la seguridad social, de tal manera que se generaron serios desfinanciamientos de las prestaciones a cargo de la seguridad social, los cuales aún hoy generan efectos nocivos.

El mismo artículo 48 de la Carta Política define los principios constitucionales de la seguridad social en los siguientes términos, *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*. Principios que desde luego deben ser respetados por el Gobierno aún en los Estados de Emergencia Económica, Social y Ecológica. De hecho, la Sentencia SU-480 en comento precisa al respecto que

Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida.

Adicional a lo expresado anteriormente, es necesario recordar el alcance que la Honorable Corte dio a la parafiscalidad y su relación con la solidaridad en su Sentencia C-828 de 2001 al indicar *“Los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son rentas parafiscales porque son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio público de salud.”* Como se demuestra más adelante, el Decreto Legislativo en análisis destina recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para buscar contener los problemas de

desempleo así como tratar que los empleadores del sector salud cumplan sus obligaciones laborales, las cuales han venido omitiendo desde mucho antes de la pandemia. Es decir, no se está buscando aumentar la cobertura, por lo tanto se está contradiciendo el principio constitucional de la solidaridad en materia de seguridad social.

## **2. Decreto Legislativo 800 de 2020. Consideraciones y articulado.**

Al revisar las consideraciones se encuentra un grupo de las mismas que tiene relación directa con la salud pública de los habitantes del territorio nacional, y un segundo grupo que tienen relación directa con el Derecho al Trabajo. El primer grupo está relacionado con los artículos 48 y 49 de la Constitución y el segundo con los artículos 25 y 53.

Claramente los dos grupos en mención son del resorte de las facultades que concede al Ejecutivo los Estados de Emergencia Económica, Social y Ecológica EEESE, pero no por esto el Gobierno puede desconocer la naturaleza constitucional de los recursos parafiscales, y cambiarles de destinación. El desempleo así como el no cumplimiento de los derechos laborales del personal de la salud no son fenómenos que se presentaron con la pandemia, el Ejecutivo tenía mecanismos para garantizar dichos cumplimientos, los cuales conserva en vigencia del EEESE. Aun cuando no se desarrollará en el presente concepto, sin duda la Honorable Corte Constitucional analizará si se da el presupuesto valorativo de inminencia analizado de manera suficiente en la sentencia C252-2010.

El Decreto en análisis en sus consideraciones refiere

Que en consecuencia, es necesario adoptar medidas que permitan acelerar el pago inmediato de las obligaciones a cargo de la Nación por los servicios y tecnologías no financiados con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC, mediante el reconocimiento anticipado de un porcentaje del valor de las solicitudes de recobro que se presenten, producto de la celebración de acuerdos de pago parcial. El valor anticipado se girará de manera directa a los prestadores y proveedores de servicios y tecnologías en salud, quienes destinarán dichos recursos a cubrir salarios, prestaciones económicas y demás obligaciones contractuales con el personal médico, asistencial y de apoyo, así como a los demás servicios que requiera contratar para desarrollar su objeto misional, lo que permite la reactivación de la economía. (subraya fuera de texto)

El giro directo de estos recursos a los prestadores y la omisión de la posibilidad de la auditoría, además de poner en riesgo el uso adecuado de los recursos, vulnera el principio de eficiencia. Adicionalmente, cuando se indica dar prelación a los pagos de orden laboral y

no se definen reglas ni límites, la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores pierde su efecto, toda vez que los administradores de las entidades receptoras de los recursos no tienen un real incentivo para proteger a los trabajadores del sector.

Adicionalmente, como ya se anunció previamente, los recursos de la seguridad social no se pueden destinar para subsanar las fallas del Ministerio del Trabajo en torno a velar por el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales de los empleadores del sector salud.

### **3. Juicio de conexidad material y finalidad. Juicio de no contradicción específica del Decreto Legislativo 800 de 2020**

En la sentencia C-466 de 2017 la Honorable Corte Constitucional hizo el control de constitucionalidad al Decreto Legislativo número 732 de mayo 5 de 2017 “por el cual se dictan medidas transitorias para contribuir al fortalecimiento de la solidaridad y la economía social, y conjurar la Emergencia Económica, Social y Ecológica en el municipio de Mocoa, Departamento del Putumayo”. En la aludida sentencia la Alta Corporación presente el análisis en torno al cumplimiento de los requisitos, formales y materiales, previstos en la Constitución, en la LEEE y desarrollados por la jurisprudencia constitucional, del antedicho Decreto Legislativo.

En torno al juicio de conexidad material y finalidad la Corte indicó en la mentada sentencia que

El juicio de conexidad material está previsto en los artículos 215 de la Constitución y 47 de la LEEE. Con este juicio se busca establecer si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que generaron la declaratoria del Estado de Excepción. La conexidad implica, entonces, que la materia sobre la cual tratan las medidas guarda una relación directa y específica con la crisis que se afronta. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista, a saber: (i) interno, o la específica relación entre las medidas adoptadas y “las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente”, y, (ii) externo, es decir, la relación entre el decreto legislativo de desarrollo y la declaratoria de emergencia. Por su parte, el juicio de finalidad está previsto en el artículo 10 de la LEEE. A la luz de este juicio, toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar “directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”. (subraya fuera de texto)

La jurisprudencia constitucional ha precisado como el Derecho al Trabajo tiene una dimensión programática en torno al fenómeno del desempleo, de tal suerte que el Ejecutivo debe diseñar e implementar políticas que busquen garantizar la generación de empleo, al margen de la pandemia. El desempleo no se genera por la pandemia, lo que emerge es un aumento de la tasa del mismo que debe ser atendida por el Gobierno, pero no con los recursos de la seguridad social.

En el mismo sentido, la protección de los derechos laborales de los trabajadores del sector salud es responsabilidad del Ministerio del Trabajo. Como ya se indicó, la omisión del cumplimiento de dicha responsabilidad no se presenta con la pandemia, ni tampoco debe ser atendida con los recursos de la seguridad social. En otros términos, la finalidad del Decreto 800 no puede ser corregir la falta del cumplimiento de empleadores y el Ministerio del Trabajo previas a la pandemia, a través de los recursos parafiscales de la seguridad social, los cuales tienen una destinación específica distinta a corregir la mencionada falla.

En cuanto al juicio de no contradicción específica la Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-466 de 2017 consagra

Según la jurisprudencia reiterada de esta Corte, con el juicio de no contradicción específica la Corte verifica que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contengan “una contradicción específica con la Constitución y los tratados internacionales” y que (ii) no desconozcan “el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el estado de emergencia económica, social y ecológica [esto es] el grupo de medidas descritas en los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE”.

Cómo se indicó previamente, la Constitución Política señala el deber inspección, vigilancia y control de la prestación del servicio público de la seguridad social en cabeza del Estado. Cuando el Decreto elimina los procesos de auditoría del giro de los recursos y elimina los controles para la entrega de los mismos a cargo de las EPSs y las entidades territoriales, omite el mencionado deber constitucional.

Así mismo, las normas que establece el Decreto en análisis contradicen y desconocen el principio de solidaridad y eficiencia, cuando además de no regular de manera apropiada el uso de los recursos de la seguridad social al dejar un amplísimo margen de acción a los administradores de las instituciones prestadoras de servicios de salud en el uso de los mismos, sin el control previo propia de la auditoría a cargo de las entidades responsables del aseguramiento (EPSs); viola el principio de solidaridad al destinar los dineros al pago de acreencias laborales atrasadas, y no a garantizar la ampliación de la cobertura en salud.



De los señores magistrados, atentamente,

**DAVID HERNANDO BARBOSA RAMÍREZ**  
**Profesor Titular.**  
**Facultad de Jurisprudencia**  
**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO**