

El Decreto 2353 de 2015, un Análisis Legal y Constitucional

JUAN CAMILO TORO RESTREPO

TESIS DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

ASESOR: JOSÉ GABRIEL RESTREPO GARCÍA

2017-2

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT



CONTENIDO

I. <u>Abstract.</u>	P. 3
A. Palabras Clave.	P. 3
II. <u>Introducción: El Decreto 2353 de 2015.</u>	P. 3
A. Objetivos del Decreto.	P. 5
B. Contenido del Decreto.	P. 6
III. <u>Consideraciones Previas al Análisis.</u>	P. 10
A. Tipología de Decretos.	P. 11
A1. Decretos Presidenciales de Contenido Legislativo.	P. 11
A2. Decretos Presidenciales de Contenido Administrativo.	P. 13
A3. Decretos Presidenciales “Estatutarios”	P. 15
B. Elusión Constitucional Mediante Decretos Presidenciales.	P. 16
IV. <u>Estudio y Análisis Sustantivo del Decreto.</u>	P. 17
A. El Decreto 2353 de 2015 Frente A Las Leyes, Normas Constitucionales Y Providencias Pertinentes.	P. 17
A1. Argumentos de la Limitación a la Potestad Reglamentaria.	P. 20
A2. Argumentos de la Apertura a la Potestad Reglamentaria.	P. 33
B. Consideraciones Adicionales.	P. 37
V. <u>Conclusiones.</u>	P. 37
VI. <u>Demanda de Acción de Nulidad Simple.</u>	P. 41
VII. <u>Referencias Bibliográficas.</u>	P. 61

I. Abstract

La tesis busca en primer lugar lograr un juicio y entendimiento integral del Decreto 2353 de 2015, para en consecuencia, constatar si el mismo está conforme a la ley concerniente y relacionada, lo anterior al igual frente a normas constitucionales, lo cual implica un estudio integral del Decreto en cuestión para verificar la presencia o no de problemas de legalidad y constitucionalidad del mismo.

A. Palabras Clave.

- Sistema General de Seguridad Social.
- Afilación en Salud.
- Afiados Cotizantes.
- Regímenes Subsidiado y Contributivo.
- Sistema de Afilación Transaccional.
- Análisis de Constitucionalidad y Legalidad.
- Elusión Constitucional.

II. Introducción: El Decreto 2353 de 2015

El presente texto tiene como objetivo realizar un análisis y examen al Decreto 2353 de 2015, teniendo en cuenta los parámetros legales y constitucionales para las leyes (y decretos en este caso) que reglamentan temas relacionados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y consecuencia al Derecho Fundamental a la Salud, en vista de que el presente decreto se encarga de la unificación y actualización de las normas referentes a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y crea el Sistema de Afilación Transaccional. Es entonces la principal incógnita a resolver de este trabajo, constatar si se da una captura regulativa por parte del Decreto

2353 de 2015 de un tema con reserva legal estatutaria, o si el mismo constituye una herramienta idónea desde los estándares legales y constitucionales, para su objetivo de reglamentar la materia.

De paso, se analiza la creación del Sistema de Afiliación Transaccional en pro de verificar que el Decreto 2353 del 2015 sea apto como instrumento reglamentario en el caso, cumpliendo con los parámetros para regular la materia en cuestión. Por lo anterior es que se hace necesario el estudio de los requisitos y/o características generales de este tipo de decretos y confrontar el decreto en cuestión con los requisitos existentes para la regulación de derechos fundamentales y la reglamentación de los mismos por medio de decretos, tal como lo es el Derecho Fundamental a la Salud en vista de la estrecha relación que existe entre este derecho y lo tratado por el decreto objeto de estudio, todo en pro de confirmar o rechazar que el Decreto 2353 de 2015 haya sido el instrumento más acertado para llevar a cabo la reglamentación de las leyes 100 de 1993 y 1751 de 2015, por no mencionar todas las normas atinentes al Sistema General de Seguridad Social en especial acerca de afiliación en salud.

Vale también señalar, que de cara a que lo que interesa a este texto es un estudio o análisis general, no cabe la especificación de cada artículo del Decreto 2353 de 2015 que estaría llamado a ser atacado mediante una acción de nulidad simple, para estos efectos, se ha reservado un aparte entero demostrando mediante un ejercicio práctico al formular dicha acción con todos sus requisitos legales.

A. Objetivos del Decreto.

El decreto reglamentario 2353 de 2015 tiene por objeto unificar y actualizar las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, crea el Sistema de Afiliación Transaccional y define los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación u el goce efectivo del Derecho Fundamental a la Salud.

En su aparte considerativo, el decreto procede a citar entre varios artículos el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, el cual prevé la intervención estatal en los temas del Sistema de Seguridad Social en Salud para cumplir con ciertos fines, tales y como: Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2º y 153 de esta ley; asegurar el carácter obligatorio de la seguridad social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia; desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la seguridad social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud; lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país; establecer la atención básica en Salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la ley; organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad; evitar que los recursos destinados a la seguridad social en Salud se destinen a fines diferentes, y finalmente, garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de seguridad social en Salud, como parte fundamental del gasto público social. Siendo los anteriores por conexión, objetivos del decreto objeto de estudio.

También y en relación con el artículo precitado, el decreto se sirve aludir al artículo constitucional 189 en su numeral 11, el cual faculta al Presidente de la República a ejercer su potestad reglamentaria expidiendo los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la ejecución de las leyes. El ámbito de acción del decreto se comprende de la materia del Sistema General de Seguridad Social y en especial sobre la afiliación en salud

B. Contenido del Decreto.

Para efectos del estudio del decreto, se hará un breve resumen de lo que comprende el mismo, en razón de que la importancia del trabajo estriba más en la pertinencia de los temas que toca el mismo en relación a la reglamentación permisible para este tipo de decretos, que en el contenido del mismo propiamente dicho. Así, el decreto parte de un acápite de definiciones y objetivos, a la vez que establece su campo de aplicación frente a la población afiliada y quienes deban afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud (lo que hablando en términos más generales implica la totalidad de ciudadanos colombianos), las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y Entidades Obligadas a Compensar (EOC), también, a los administradores y operadores del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y a los aportantes, administradores y operadores de información de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA).

A continuación, en el Capítulo II del decreto nos encontramos la información relativa a la creación del Sistema de Afiliación Transaccional, es imperativo para la lucidez del presente texto explicar claramente en qué consiste el mismo. La creación del sistema en cuestión se da en cumplimiento y complementación de lo dispuesto por la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que regula el Derecho Fundamental a la Salud. El Sistema de Afiliación Transaccional pretende garantizar el principio

de continuidad del Sistema de Seguridad Social en Salud y el goce efectivo del Derecho Fundamental a la Salud. Así, el artículo 11 del decreto objeto de estudio procede a crear el Sistema de Afiliación Transaccional, a su vez define el mismo como:

“(...) un conjunto de procesos, procedimientos e instrumentos de orden técnico y administrativo, que dispondrá el Ministerio de Salud y Protección Social para registrar y consultar, en tiempo real, los datos de la información básica y complementaria de los afiliados, la afiliación y sus novedades en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”¹.

También dispone que el Ministerio de Salud y Protección Social será el encargado de definir las transacciones que pueden realizar los usuarios. En otras palabras, el Sistema de Afiliación Transaccional es un medio de registro de datos tanto para el reporte de afiliaciones, así como para el reporte de novedades en cuanto a las mismas, dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.

En el punto anterior, el decreto está relacionado estrechamente con la Ley 1581 de 2012 la cual reglamenta el tratamiento de bases de datos, a lo que aduce el decreto que en los casos que corresponda, la información contenida en el Sistema de Afiliación Transaccional se sujetará a las disposiciones de la ley estatutaria antes mencionada. Sin embargo, trasciende este tratamiento de datos personales, al tener en cuenta que para el correcto funcionamiento y la efectiva prestación de servicios de salud en Colombia se verifica la existencia y estado de la afiliación de una persona al Sistema de Seguridad Social en Salud, lo que podría expresarse en otras palabras, como una necesidad más operativa que la de verificar bases de datos.

¹ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 11 [Capítulo II]. DO: 49.715.

Este sistema informativo no solo permitirá la consulta en cuanto a afiliaciones y novedades referentes a las mismas, sino también la consulta frente al estado de pagos de las cotizaciones tanto de empleadores en cuanto a sus trabajadores como de aquellos cotizantes independientes. Es en este punto donde el Sistema de Afiliación Transaccional se ensambla (o *interopera* según lo dice el decreto objeto de estudio) con la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA). Se permite a las entidades tanto públicas como privadas responsables del recaudo, vigilancia y control del pago de los aportes al Sistema General de la Seguridad Social en Salud el acceso al Sistema de Afiliación Transaccional para su consulta.

El Sistema de Afiliación Transaccional contiene seis elementos básicos, explicados aquí de manera breve: 1. La información de referencia para identificar correctamente a los afiliados. Esta se construye a partir de los reportes recibidos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Agencia Migratoria de Colombia y otras entidades que a su cargo tengan la expedición de documentos de identidad de nacionales y extranjeros residentes. También, la verificación de la población potencialmente beneficiaria de subsidios, verificación de supervivencia, la identificación inicial del recién nacido y la relación del parentesco de este con la madre. El control de las afiliaciones colectivas. La integridad y consistencia de la información reportada por afiliados y aportantes y toda aquella información considerada como relevante por parte del Ministerio de Salud y Protección Social para el cumplimiento de los objetivos definidoras para la información de referencia. 2. La información de referencia que permita controlar los eventos de múltiple afiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, también entre el anterior y los regímenes especiales y de excepción. 3. La información de referencia que permita validar los datos que se ingresen al Sistema de Afiliación Transaccional. 4. El registro oficial tanto de los aportantes

como afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluyendo su identificación, estado de pago de las cotizaciones y demás información que el Ministerio de Salud y Protección Social considere de relevancia. 5. Las reglas de afiliación y novedades contenidas en disposiciones con aún vigentes que soportan las validaciones para el registro de la afiliación y las novedades y que permiten contraloras tanto la calidad de los datos como la integridad de la información ingresada al Sistema de Afiliación Transaccional. Y 6. La plataforma tecnológica y de comunicaciones que se encargue del soporte del Sistema de Afiliación Transaccional.

En cuanto a la cuestión de validación de información e identificación y datos básicos de los afiliados, dicha información se validará contra la información de referencia disponible, cuando la información coincida no habrá necesidad de allegar ningún tipo de soporte, sin embargo, para los casos en los que la información no coincida o no exista información de referencia, el Sistema de Afiliación Transaccional dispondrá de los medios para recibir, clasificar y recuperar los soportes digitales en casos en los que sea necesario el aporte de documentos o datos adicionales para acreditar la identificación, condición de beneficiario o demás datos requeridos.

Por otro lado, se dispone en el decreto que no serán exigibles los soportes documentales dentro de los eventos en el que el Sistema de Afiliación Transaccional disponga de tablas de referencia para validar la condición de beneficiario. Aun así, para los casos en los que se alleguen soportes documentales, la responsabilidad de validar esta condición recae sobre las EPS o EOC según sea el caso.

Algo que es supremamente importante de cara al Sistema de Afiliación Transaccional, es la concordancia en cuanto a la identificación de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tal y como se puede apreciar en la lectura del artículo 14 del decreto estudiado, donde se consagra que los datos básicos de identificación de los del os afiliados que se ingresen al Sistema de Afiliación Transaccional deben concordar con a información de referencia, con este fin, el Sistema validará la información para evitar el ingreso de identificaciones inexistentes o erróneas. Una vez más, sobre las EPS y EOC recae la responsabilidad de implementar medidas apuntando a evitar inconsistencias y errores en los datos básicos de identificación de los afiliados.

A su vez, y sin entrar en mayores precisiones en vista de que no es lo pertinente para efectos del presente texto, el decreto continúa con la especificación y explicación de los regímenes contributivo y subsidiado en cuanto a las reglas de afiliación comunes a ambos (capítulo III) y las reglas propias de la afiliación al sistema régimen contributivo (capítulo IV) así como las del régimen subsidiado (capítulo V).

III. Consideraciones Previas al Análisis

Habida cuenta de la anterior descripción del Decreto 2353 de 2015, es menester efectuar un recorrido sumario por la tipología de decretos a cargo de la función ejecutiva, teniendo en cuenta para qué y en cuáles casos deben usarse. Ni está de más el recuento de la tipología legal a cargo de la función legislativa apuntando a verificar la idoneidad del decreto como herramienta reglamentaria.

A. Tipología de Decretos

Tal y como se establece en el artículo 115 de la Constitución Política de Colombia y se desarrolla a fondo en el Título VII de dicha carta. Tal y como figura en la Constitución Política en el artículo 189 numeral 11, una de las potestades de la función ejecutiva es la potestad reglamentaria, la cual se hace efectiva “mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”². Dentro del campo de interés del presente texto están los decretos presidenciales, que según la clasificación propuesta por Manuel Fernando Quinche Ramírez (2008, p. 385) se pueden tipificar bajo varios criterios, siendo el más propicio para un recuento de la tipología de los decretos, usaremos el propuesto por Quinche, según el cual se tipifican los decretos según su contenido.

A1. Decretos Presidenciales de Contenido Legislativo

Este tipo de decretos contiene aquellos que son expedidos por el Presidente en los escenarios expresamente dispuestos por la Constitución, los cuales tienen fuerza material de ley, son a saber:

-Decretos con fuerza de ley: Estos decretos son el producto de una ley de facultades extraordinarias tal y como se puede apreciar en el numeral 10 del artículo 150 sobre las funciones del Congreso:

“Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá,

² Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 189 [Título VII]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=4125>

*en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.
Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”³.*

El semestre posterior a la expedición de estas leyes el ejecutivo queda facultado para legislar por medio de estos decretos.

-Decreto legislativo: Este tipo de decretos son producto de los estados de excepción en cualquiera de sus tres modalidades (guerra exterior, conmoción interior o estado de emergencia económica social y ecológica. Se debe tener en cuenta que a su vez cada estado de excepción se declara por medio de uno de estos decretos y dentro del estado de excepción se promulgan los decretos legislativos que contienen las disposiciones con objeto de contrarrestar la situación que haya dado origen al estado de excepción en cuestión.

-Decreto de la ley del plan: Se refiere a la ley del plan nacional de desarrollo, presentar el proyecto de dicha ley es deber del Presidente de la república. Cuando este decreto se hace presente, lo hace de manera supletoria, en vista de que el conducto regular para la aprobación del plan nacional de desarrollo es ante el Congreso. Según lo dispone el artículo 341 de la Constitución el Decreto de la ley del plan nacional de desarrollo procede en caso de que el Congreso no apruebe el mismo dentro de los tres meses siguientes a su presentación.

³ Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 150 [Título VI]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=4125>

A2. Decretos Presidenciales de Contenido Administrativo

Siguiendo con la clasificación propuesta por Quinche Ramírez, este tipo de decretos son aquellos que se expiden por parte del Presidente dentro de los escenarios propuestos por la Constitución, pero tanto su contenido como alcance queda supeditado a los elementos legislativos que fundamentan su existencia. Es decir, la fuerza vinculante de estos decretos está condicionada y es inferior tanto a las leyes como a los anteriormente explicados decretos de contenido legislativo. Dentro de esta clasificación están los siguientes decretos:

-Decretos reglamentarios: Son una derivación directa de la potestad ejecutiva para reglamentar, prevista constitucionalmente en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta. Tal y como se ha expuesto en la primera parte del presente texto, el Decreto 2353 de 2015 es un decreto reglamentario. La facultad reglamentaria del ejecutivo habilita al Presidente para promulgar decretos, resoluciones y órdenes necesarias para posibilitar la ejecución de las leyes. El autor Jorge Enrique Ibáñez Najar (2007, p. 649) se permite hacer una diferenciación entre reglamentar y regular, aduciendo que mediante la reglamentación se promulgan las normas que complementan la regulación y a su vez, la regulación crea el derecho de manera originaria con “normas de carácter general, impersonal y abstracto”⁴ que son la materia objeto de reglamentación. En otras palabras, los decretos reglamentarios se sirven efectuar un tipo más operativo de desarrollo, acerca de la ejecución de las leyes (la regulación inicial), traducéndose esto en una fuerza vinculante menor a la de las leyes. Más adelante dentro del presente texto, volveremos sobre este tipo de decretos en vista de que el objeto de estudio hace parte de esta clasificación. El autor Manuel Fernando

⁴ Ibáñez, Jorge Enrique (2007). Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. Justicia y Desarrollo Sostenible. Bogotá D.C., Colombia: Legis, Universidad Sergio Arboleda, p. 649.

Quinche (2008, p. 388) añade sobre estos decretos que “Si bien antitécnicamente se ha llegado a afirmar que dicha potestad puede ser ejercida respecto de cualquier clase de leyes, esta no resulta viable en materia de leyes estatutarias, de leyes orgánicas ni de tratados públicos”⁵, bajo este entendido, el Decreto 2353 de 2015 que reglamenta en parte la Ley 100 de 1993 no tiene problemas de cara a que esta última es una ley ordinaria. Sin embargo, este mismo decreto reglamenta de manera brevísima la Ley 1751 de 2015, la cual es la ley estatutaria encargada de regular el Derecho Fundamental a la Salud y, en consecuencia, desde el punto de vista de Quinche no se debió reglamentar esta ley con el decreto en cuestión. Sobre este tema se ahondará en la sección siguiente del texto, ampliando las implicaciones desde el punto de vista teórico.

-Decretos in marco, o de leyes cuadro o generales: Se hace la relación o conexión con las leyes marco, las cuales se consagran en la Constitución en su artículo 150 numeral 19, que sirven al Congreso para fijar y señalar objetivos en materias específicas, que a su vez han de ser un marco para la producción de decretos por parte del Presidente para el alcance de dichos objetivos. A diferencia del caso de los decretos reglamentarios, que solo suponen la existencia de una ley que el Presidente haya de reglamentar, los decretos in marco tratan siempre de temas que demanden medidas inmediatas, bajo el supuesto de existencia de la ley que ha fijado previamente los criterios y objetivos a alcanzar con el decreto.

-Decretos ejecutivos simples: Son aquellos que promulga el Presidente en obra de su potestad ejecutiva administrativa, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución en su artículo 189 dentro

⁵ Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2008). Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, p. 388.

del cual se establece lo que corresponde al Presidente como máxima autoridad administrativa. Por medio de estos decretos se llevan a cabo nombramientos y remociones de ministros, directores de departamento administrativo, agentes diplomáticos, presidentes, gerentes o directores de establecimientos públicos nacionales, entre otros.

A3. Decretos Presidenciales “Estatutarios”

El autor Manuel Fernando Quinche (2008, p. 390) se ha servido denominar de esta manera a este tipo particular de decretos que, si bien son de contenido legislativo, tratan de materias que por su contenido tienen reserva estatutaria. Como bien es sabido, el artículo 152 de la Constitución establece las materias con reserva de ley estatutaria, tales y como son:

“a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b. Administración de justicia; c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e. Estados de excepción”⁶.

Sin embargo, la implementación de este tipo de decretos trae consigo consecuencias cuestionables desde el punto de vista del control constitucional que es menester efectuar de los elementos los elementos legislativos que tocan materias con reserva estatutaria, ya que a este tipo de leyes se les exige un trámite más exigente que al resto de leyes, de cara al control previo e integral a cargo de la Corte Constitucional. Lo anterior en vista de que, por medio de párrafos o artículos transitorios presentes en actos legislativos se otorga al Presidente la facultad extraordinaria que le permite legislar sobre materias con reserva estatutaria, evadiendo o eludiendo el control constitucional

⁶ Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 152 [Título VI]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

pertinente. En este punto, no sobra hacer una brevísima explicación del fenómeno denominado por Quinche (2008, p. 391) como “elusión constitucional”⁷, en vista de la mención que se hará del mismo en la sección siguiente del texto, de cara al análisis de la posibilidad de que esté presente en la situación en concreto del Decreto 2353 de 2015 como herramienta reglamentaria del ejecutivo.

B. Elusión Constitucional Mediante Decretos Presidenciales

La expresión elusión constitucional se refiere a la apropiación regulativa por parte del ejecutivo, en cuanto a los decretos presidenciales, cuando por medio de los mismos se sirve regular materias con reserva de ley ordinaria y hasta de ley estatutaria⁸. En el aparte anterior se expuso claramente el cuándo y porqué se da este fenómeno con respecto a los decretos estatutarios, sin embargo, también es posible que esta captura regulativa se dé por medio de los decretos reglamentarios. El control de los decretos reglamentarios recae sobre el Consejo de Estado según lo dispuesto en la Constitución en su artículo 237 numeral 2.

En vista de lo anterior es posible que en los casos en los que el ejecutivo se sirve expedir este tipo de decretos, incluya en los mismos articulados con contenido reservado ya sea a la ley o a decretos legislativos, de esta manera se desnaturalizan los decretos reglamentarios (siendo decretos de contenido administrativo) y a la vez se logra eludir el control por parte de la Corte Constitucional. El autor Manuel Fernando Quinche (2008, p. 392) propone cuatro elementos de la elusión

⁷ Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2008). Op. Cit., p. 391.

⁸ Para una exposición a fondo sobre este tema Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2009). La Elusión Constitucional. Una Política de Evasión del Control Constitucional en Colombia. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

constitucional, los cuales exceden el objetivo del presente texto por lo cual solo serán mencionados a manera de lista:

“a) La existencia de una maniobra mimética por la que se adopta un texto normativo; b) La adopción de un texto normativo concreto; c) La evasión del control por parte de la Corte Constitucional, para ser otorgado al Consejo de Estado, y finalmente d) La obtención de ventajas o posiciones estratégicas para algún órgano estatal o para un tercero”⁹.

IV. Estudio y Análisis Sustantivo del Decreto

Una vez introducido el Decreto 2353 de 2015 como objeto de estudio, explicado su contenido y previsto el decálogo contra el que se confrontará el decreto en pro de confirmar la existencia o inexistencia de elementos ilegales o inconstitucionales en el mismo, podemos proceder al análisis del objeto de nuestro estudio a luz de la ley (en sentido amplio).

A. El Decreto 2353 de 2015 Frente A Las Leyes, Normas Constitucionales Y Providencias Pertinentes

Tenemos entonces, que el Decreto 2353 es un decreto de tipo reglamentario por medio del cual se pauta o normalizan reglas referentes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en virtud de varias leyes (estando entre las más relevantes la Ley 100 de 1993 que es una ley ordinaria y por otro lado la Ley 1751 de 2015 que es una ley estatutaria). Mediante este decreto no solo se unifican y actualizan las normas relativas a afiliación en el Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que

⁹ Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2008). Op. Cit., p. 392.

además se crea el Sistema de Afiliación Transaccional en pro de garantizar el principio de continuidad en la afiliación y el goce efectivo del Derecho Fundamental a la Salud. El Sistema de Afiliación Transaccional (tal y como se explica en la parte introductoria del texto) establece la unificación de las reglas de afiliación mediante su sistema unificado de bases de datos del sector de la salud, agrupando la información y por tanto reduce los trámites de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud. Con lo anterior se busca reducir los obstáculos al acceso a los servicios de salud.

La Ley 100 de 1993 prevé en su artículo 154 la intervención estatal en el Sistema de Seguridad Social en Salud con el fin de cumplir con todos los objetivos que esta misma ley consagra mediante este decreto reglamentario, a cargo del Presidente según el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. A su vez la Ley 1751 que reguló el Derecho Fundamental a la Salud en su calidad de ley estatutaria, si bien el decreto en cuestión nombra la ya dicha ley estatutaria en su comienzo, se refiere a dos artículos de esta: el 11 y el 19. Sin embargo, si vamos al artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 encontramos que el mismo no hace una mención específica a una futura reglamentación o ampliación de manera específica a los temas que el Decreto 2353 de 2015 trata:

“Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y

con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud.

Parágrafo 1°. Las víctimas de cualquier tipo de violencia sexual tienen derecho a acceder de manera prioritaria a los tratamientos psicológicos y psiquiátricos que requieran.

Parágrafo 2°. En el caso de las personas víctimas de la violencia y del conflicto armado, el Estado desarrollará el programa de atención psicosocial y salud integral a las víctimas de que trata el artículo 137 de la Ley 1448 de 2011”¹⁰.

Se puede apreciar que se estamos frente a un enunciado puramente normativo, que meramente define un grupo de personas que gozarán de especial protección a su Derecho Fundamental a la Salud en vista de lo desfavorable de su situación. Por otro lado, está el artículo 19 la precitada ley estatutaria:

“Artículo 19. Política para el manejo de la información en salud. Con el fin de alcanzar un manejo veraz, oportuno, pertinente y transparente de los diferentes tipos de datos generados por todos los actores, en sus diferentes niveles y su transformación en información para la toma de decisiones, se implementará una política que incluya un sistema único de información en salud, que integre los componentes demográficos, socioeconómicos, epidemiológicos, clínicos, administrativos y financieros.

Los agentes del Sistema deben suministrar la información que requiera el Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos y condiciones que se determine”¹¹.

El anterior artículo por su parte, sí hace referencia a un tema que es objeto de reglamentación del Decreto 2353 tal como lo es la creación de un sistema único de información de la salud, el cual dicho decreto efectivamente crea (Sistema de Afiliación Transaccional).

¹⁰ Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015) Artículo 11 [Capítulo I]. Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427.

¹¹ Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015) Artículo 19 [Capítulo IV]. Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427.

Partiendo del punto anterior se puede comenzar el análisis legal-constitucional del decreto en cuestión. Comencemos por preguntarnos si sobre la materia que el decreto efectivamente se sirve reglamentar existe una reserva de ley ordinaria o estatutaria o si debió implementarse mediante un decreto de contenido legislativo (según la clasificación efectuada en la sección anterior del texto). El decreto como tal versa sobre materias relativas al Sistema de Seguridad Social General, en Salud, específicamente. Haciendo la conexión con el ya citado artículo 152 de la Constitución, la Salud como Derecho Fundamental es tema con reserva de ley estatutaria, pero entonces, ¿hasta qué punto en realidad el decreto reglamentario en cuestión crea normatividad en sentido operativo sin llevar a cabo una captura regulativa de una materia con reserva estatutaria? Para lograr encontrar una respuesta a esta incógnita hemos de remitirnos a algunas providencias que amplían el tema de la facultad reglamentaria del Presidente y que a su vez dibujan los límites a esta potestad, la discusión que a continuación se entabla tiene por objetivo constatar la idoneidad y acondicionamiento legal y constitucional del Decreto 2353 de 2015 como herramienta reglamentaria dentro del marco ya propuesto.

A1. Argumentos de la Limitación a la Potestad Reglamentaria

Tenemos en primer lugar la Sentencia C-028 de 1997 de la Corte Constitucional¹², dicha providencia se sirvió trazar algunos términos mínimos a la facultad presidencial para reglamentar en cuanto al asunto o materia que se trate. La precitada providencia se despacha a establecer que, si bien la facultad presidencial para reglamentar las leyes en pro de garantizar su correcta ejecución

¹² Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de enero de 1997) Sentencia C- 028 de 1997. [MP Alejandro Martínez Caballero].

ha sido otorgada constitucionalmente, dicha potestad no es absoluta, limitando su campo de ejecución frente a la misma Constitución y las leyes cuyo rango así lo manden. No solo se reitera en este punto la existencia de materias con reserva legal estatutaria, sino que la Corte agrega que no están dentro del ámbito de esta potestad el reglamentar leyes. Se prevé de igual manera, que en los casos en los que los decretos reglamentarios sobrepasan o se extralimitan en su radio de acción, el Consejo de Estado estaría encargado de la declaración de nulidad de dichos decretos, de conformidad con las atribuciones de este órgano (artículo 237 numeral 2 de la Constitución Política). Finalmente, se puede encontrar que en esta sentencia se insta a que la regulación ejecutiva verse dentro de lo posible, sobre cuestiones procedimentales y detalladas para la ejecución integral de las leyes.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, la Sentencia C-917 de 2002 de la Corte Constitucional¹³ afirma que, si bien existe un principio de “colaboración armónica” entre las ramas del poder público, la facultad del ejecutivo para reglamentar no puede servir como una excusa o subterfugio para que esta rama interfiera o se apropie de las atribuciones de la rama legislativa, ya que más allá de colaboración se daría una captura regulativa por parte de la rama ejecutiva, consecuentemente lesionando la separación de poderes prevista en el artículo 113 de la Constitución Política.

A partir de situaciones como la anterior la doctrina constitucional ha logrado identificar el fenómeno (antes abordado en este texto) de la elusión constitucional. Dentro de nuestro caso

¹³ Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de octubre de 2002) Sentencia C- 917 de 2002. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].

concreto sobre el Decreto 2353 de 2015, desde un punto de vista más restrictivo acerca de las facultades ejecutivas para reglamentar, sería posible llevar a cabo el argumento de que la Seguridad Social en Colombia como derecho y servicio ha adquirido un carácter de obligatorio en referencia a la importancia legal y constitucional que se le ha otorgado a la materia. Clasifica la Seguridad Social en general, como uno de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también conocidos como DESC). Y de hecho la jurisprudencia constitucional ha logrado definirlos como derechos de segunda generación “*cuya principal característica es la de que no son simples posibilidades de acción individual, sino que imponen además una carga u obligación al Estado*”¹⁴. También pueden apreciarse estos derechos como las asistencias que la población colombiana (como colectividad) está llamada a recibir por parte del Estado.

Estos derechos DESC en muchas ocasiones están íntimamente relacionados con derechos fundamentales en vista de la conexidad que existe entre ellos, para efectos de este argumento a favor de un paradigma más restrictivo en cuanto a la potestad reglamentaria ejecutiva, podemos hacer la conexión de la Seguridad Social en Colombia (como Derecho DESC y como servicio estatal dirigido a la población) con los derechos fundamentales a la salud y en consecuencia a la vida. Si bien sí puede ser una conexión forzada, no hay manera de negar la afinidad entre estos derechos y que, en consecuencia, el Decreto 2353 de 2015 al versar sobre la materia del Sistema General de Seguridad Social y específicamente sobre la Seguridad Social en Salud se estaría inmiscuyendo en materias sobre las que existe una reserva legal estatutaria, dándose así, la captura regulativa por parte del ejecutivo antes nombrada como elusión constitucional. Debe tenerse en

¹⁴ Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas. (s.f.) Sentencia T-008 de 1992. [MP Fabio Morón Díaz].

cuenta, que de cara a esta línea argumentativa “restrictiva” de la potestad reglamentaria presidencial, se ha dejado de lado el carácter operativo del decreto, que será abordado más adelante en el texto desde un punto de vista más abierto sobre estos reglamentos.

También versa sobre estos derechos sociales la Sentencia U-111 de 1997 de la Corte Constitucional¹⁵ que establece que este tipo de derechos tienen una naturaleza progresiva y dependen necesariamente de una activa intervención del legislador, implementando políticas públicas y procurando su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. De la anterior paráfrasis hay que destacar dos puntos importantes: en primer lugar, que la precitada providencia establece que la intervención necesaria para el desarrollo de estos derechos es la de la rama legislativa y en consecuencia no está llamado el ejecutivo a regular sobre estas materias. En segundo lugar, que la intervención del legislador debe dirigirse al establecimiento de políticas públicas, tal y como lo son todas las regulaciones sobre Seguridad Social y más aún en su modalidad de salud. De esta providencia constitucional se puede desprender un argumento importante a favor de los límites a la reglamentación a cargo del ejecutivo en el caso del Decreto 2353 de 2015, en vista de la materia sobre la que este trata: Seguridad Social en Salud, afiliación en salud, la creación de un Sistema de Afiliación Transaccional y la unificación y actualización de normas sobre Seguridad Social en Salud en general. Continúa esta misma sentencia a establecer que en cuanto a la influencia de los DESC:

¹⁵ Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de marzo de 1997) Sentencia U-111 de 1997. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

“Se trata de aspectos esenciales de la vida social cuya solución no puede confiarse a cuerpos administrativos o judiciales carentes de responsabilidades políticas y que no cuentan con los elementos cognoscitivos necesarios para adoptar posiciones que tienen efecto global y que no pueden asumirse desde una perspectiva distinta”.

En otras palabras, se reitera que tanto la regulación como reglamentación tendiente al desarrollo y correcta ejecución de las políticas públicas orientadas a la garantía de los DESC no puede quedar a cargo del cuerpo administrativo, en parte por la falta de rendición de cuentas que estos órganos suelen tener y también porque el regular estas materias no hace parte del fuerte de los conocimientos de estos entes. Lo anterior se traduce (para efectos de este argumento), en que la regulación sobre las materias antes descritas debe ser competencia del cuerpo legislativo de manera privativa o exclusiva para evitar lesiones no solo a estos derechos sino al Estado Social y Democrático de Derecho como tal y su separación de poderes públicos. En este orden de ideas, el Decreto 2353 de 2015 como herramienta reglamentaria del ejecutivo, puede no ser la idónea para cumplir su cometido en cuanto a los requisitos que se les exige a los elementos legislativos llamados a tratar y desarrollar materias con reservas legales o de leyes estatutarias.

Teniendo en cuenta que cuando una ley prevé la posterior existencia de un decreto reglamentario que se servirá efectuar la ampliación de los temas previstos en ella misma desde un punto de vista operacional, también debe preverse un marco que limite la potestad reglamentaria que dicho decreto ostentará. Lo anterior de cara a que una sola palabra que no haya sido prevista en la ley

originaria del decreto y que sí esté presente en el mismo puede dar lugar a una extralimitación de la herramienta reglamentaria frente a la ley que le ha dado origen en primer lugar.

Para el caso concreto, tenemos que la ley 100 de 1993 reguló en su momento el Sistema de Seguridad Social Integral, tal como el Sistema de Seguridad Social en Salud. De esta manera, es menester que la ley en cuestión se refiriera a los usuarios del sistema de alguna manera, tomando en consideración desde la parte práctica el hecho de que en el Sistema de Seguridad Social en Salud se divide en dos regímenes (subsidiado y contributivo, división que obedece a la capacidad de pago de la población que pertenece a cada régimen), por lo anterior, en los casos que se hace mención de normas comunes a ambos regímenes (y en ocasiones a uno u otro de manera exclusiva) la Ley 100 de 1993 habla de cotizantes, a secas.

Después de efectuar un conteo del número de veces que la palabra “afiliado” aparece en la Ley 100 de 1993 se tiene un resultado de 238 veces y solo en cuatro ocasiones se acompaña de la palabra “cotizante”, para 3 casos concretos:

-Cuando en el artículo 162 se trata el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.): “(...) *Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud será el contemplado por el Decreto-Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones (...)*”¹⁶.

¹⁶ Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) Artículo 162 [Libro II, Título I]. Ley Ordinaria por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se Dictan otras Disposiciones [Ley Ordinaria 100 de 1993]. DO: 41.148.

-Cuando en el artículo 162 se mencionan los pagos moderadores:

"(...) Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente Ley (...)"¹⁷.

Al igual que en el artículo 187 se tratan los pagos moderadores: *"(...) Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema (...)"¹⁸.*

-Cuando en el párrafo del artículo 240, en el cuál se trata sobre las Cajas de Compensación Familiar:

"Durante el período en el cual los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, no puedan trasladarse a otras Entidades Promotoras de Salud, la atención de las familias de los trabajadores podrá ser cubierta por las cajas de compensación familiar o por cualquier otra Entidad Promotora de Salud, de acuerdo con la elección que haga el afiliado cotizante (...)"¹⁹.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) Artículo 187 [Libro II, Título II]. Ley Ordinaria por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se Dictan otras Disposiciones [Ley Ordinaria 100 de 1993]. DO: 41.148.

¹⁹ Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) Artículo 240 [Libro II, Título V]. Ley Ordinaria por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se Dictan otras Disposiciones [Ley Ordinaria 100 de 1993]. DO: 41.148.

Para estas disposiciones se previó el uso determinado y específico de la palabra cotizantes, teniendo en cuenta que se trata de casos puntuales y no de un supuesto general. Lo anterior es lógico de cara a que la inclusión de la palabra cotizante tiene implicaciones prácticas y teóricas de cara no solo a los requisitos dicha palabra contiene de cara al tipo de afiliado, sino que lo deposita dentro de la población con capacidad de pago del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Por otro lado, en el Decreto 2353 de 2015 la palabra “cotizante” hace aparición en varias ocasiones, 126 para ser exactos. A lo largo del decreto en cuestión, la palabra “cotizante” se le ha añadido a la palabra “afiliado”, lo que a primera vista puede parecer una simple calificación del sujeto clave del Sistema de Seguridad Social en Salud, sin embargo, esta adición entraña un requisito adicional a los afiliados, siendo el de tener la calidad de cotizantes. Como tal, la expresión “afiliado cotizante” aparece de manera compuesta 43 veces en el decreto. El uso indiscriminado de la palabra “cotizante” por parte del decreto objeto de estudio es tan evidente, que en el capítulo III del mismo referente a las reglas de afiliación comunes a los regímenes contributivo y subsidiado no se hace la diferenciación entre uno y otro de cara a la población perteneciente a cada uno, es decir, se usa para ambos el sujeto de afiliado cotizante sin consideración alguna a la diferencia que existe entre la población miembro del régimen contributivo (población con capacidad de pago al Sistema de Seguridad Social en Salud, tales como los empleadores, empleados, trabajadores independientes, pensionados y sus respectivos núcleos familiares) y la población que hace parte del régimen subsidiado (núcleos familiares sin capacidad de pago al Sistema de Seguridad Social en Salud y población vulnerable y en estado de pobreza, identificados como tal por medio de la encuesta SISBEN).

A manera de ejemplo de lo anterior, tenemos que en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 se prevé el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), el cual regiría sin excepción para todos los habitantes del territorio nacional, es decir, no se hace una diferenciación entre poblaciones pertenecientes a uno u otro régimen. Sin embargo, en este mismo artículo, cuando la ley se refiere específicamente al régimen contributivo emplea la expresión *afiliados cotizantes* (tal y como se indicó entre los pocos casos en que esta expresión aparece en la Ley 100 de 1993); en cuanto al régimen subsidiado y su población, la ley en cuestión habla de afiliados simplemente y no se les condiciona de ninguna manera. Pero lo anterior no es el caso en lo referente a las normas comunes a ambos regímenes dentro del Decreto 2353 de 2015. De manera ilustrativa, en las normas relativas a la composición del núcleo familiar (artículo 21), donde en todos los casos se trata del afiliado cotizante, aun así, el párrafo quinto de dicho artículo hace la siguiente salvedad “*La composición del núcleo familiar prevista en el presente artículo será aplicable en el régimen subsidiado y para el efecto el cabeza de familia se asimilará al cotizante*”²⁰, precisión que si bien es entendible de cara al tema de los núcleos familiares, no sirve para salvar los demás casos en los que se usa la expresión *afiliados cotizantes* en normas comunes a ambos regímenes, estableciendo como tal, un requisito extra para los afiliados no cotizantes, requisito no previsto de ninguna manera en la Ley 100 de 1993 la cual es una de las leyes que prevén el marco de potestad reglamentaria del decreto objeto de estudio. En consideración de esto, es posible argumentar que al haber agregado la palabra *cotizante* como calificativo de los afiliados en el Decreto 2353 de 2015, este haya creado un requisito extra y no previsto en la Ley 100 de 1993, sobrepasando la misma y extralimitándose

²⁰ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 21 párrafo 5 [Capítulo III]. DO: 49.715.

dentro de la norma que es su razón de ser, a la que está supeditado y debe el marco de su facultad reglamentaria.

No está de más el hacer la precisión en este mismo tema sobre la otra ley que prevé el marco de acción reglamentaria del decreto, la Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud (1751 de 2015). Esto en vista de que la Ley 1751 de 2015 la cual, como ya lo hemos dicho, al ser una ley estatutaria tiene la facultad legislativa para ampliar o limitar derechos fundamentales, tal como la Salud y el acceso a esta. Y la precitada ley en ningún momento dispone condicionamiento alguno para el acceso a la Salud en Colombia y al Sistema de Seguridad Social en Salud. Posiblemente, entrevé la diferenciación de los regímenes en dicho sistema en su artículo 10 sobre derechos y deberes en cuanto a prestación de servicios en salud:

“Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. (...) Son deberes de las personas relacionados con el servicio de salud, los siguientes: (...) i) Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago”²¹

Y ni aun así, la presencia de la diferenciación en la capacidad de pago en uno de los deberes de las personas en cuanto a la prestación de los servicios de salud dispone condicionamiento alguno a los sujetos para acceder a dichos servicios. Las diferenciaciones hechas por el Decreto 2353 de 2015

²¹ Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015) Artículo 10 [Capítulo I]. Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427.

en cuanto a los sujetos del Sistema de Seguridad Social en Salud van en contravía directa de la ya mencionada Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud, también en contra de la naturaleza misma del Derecho Fundamental a la Salud. Lo anterior teniendo en cuenta que se desconoce la igualdad de trato y acceso a la salud prevista en esta ley, y es mediante la adopción del termino “cotizante” de una manera generalizada que se impone un condicionamiento adicional, no previsto en la Ley 1751 de 2015, no solo como Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud, sino como ley que anticipa el marco de operación reglamentaria del Decreto 2353 de 2015.

Además de las múltiples implicaciones prácticas que puedan darse como repercusión de la desafortunada implementación de la expresión *afiliados cotizantes*, quedan incógnitas por tratarse respecto a las contingencias y efectos de dicha figura en la ejecución del decreto en cuestión. Por ejemplo, ¿qué sucede con quienes la Ley 100 de 1993 trata como afiliados a secas, en los casos en los que el Decreto 2353 de 2015 generaliza como *afiliados cotizantes*?, tal y como sucede en el artículo 157 de esta ley, que trata de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud (aun así diferenciando los regímenes, usa indistintamente el término de afiliado sin otra condición), es difícil constatar a primera vista cuáles serían los efectos de que el decreto objeto de estudio aparentemente sustituye la calidad de aquellos simplemente afiliados por los que cotizan al sistema. En conexión con el punto anterior, se debe tener en cuenta que si esta ley (hablando de esta población con capacidad de pago) hubiese tenido a bien calificar a estos afiliados como cotizantes, el decreto en cuestión no estaría transgrediendo su facultad reglamentaria.

Una posible respuesta a la incógnita previamente planteada, se encuentra en el hecho que dentro de las disposiciones del Decreto 2353 de 2015, en las normas de afiliación al régimen subsidiado

(capítulo V del decreto) se hagan múltiples referencias a los afiliados pertenecientes a este régimen como cotizantes (teniendo en cuenta que se trata de la población sin capacidad de pago), condicionamiento a todas luces ilógico de cara al tipo de población que se refieren estas normas. Como efecto de lo anterior puede darse que se esté violentando el Derecho Fundamental a la Salud de esta población, ya que tal y como se desprende de la lectura de dicho decreto, se les está presentando un requisito extra y no compatible con dicho régimen: exigirles a los afiliados del régimen subsidiado cotizar al sistema. Vale decir que no hay ninguna precisión que logre salvar esta inconsistencia y que por lo tanto no subsana esta extralimitación reglamentaria (y hasta regulativa) del Decreto 2353 de 2015, esto en vista de que no se trata de una reglamentación meramente operativa, sino de una limitación y desconocimiento como tal al Derecho Fundamental a la Salud de los afiliados pertenecientes al régimen subsidiado.

Otra implicación práctica producto del exceso del decreto estudiado, tiene que ver con las prestaciones a las que se tiene derecho en virtud de la Ley 100 de 1993. En vista de que dicha ley que es el marco general (legal) del Sistema de Seguridad Social, dispone las prestaciones tanto económicas como asistenciales. Por ejemplo entre las económicas: subsidio por incapacidad temporal, indemnización por incapacidad permanente o parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes y auxilio funerario; mientras que entre las prestaciones asistenciales encontramos la asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica, servicios de hospitalización, servicio odontológico, suministro de medicamentos, servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, prótesis y órtesis, reparación y reposición sólo en casos de deterioro o desadaptación de las mismas, o cuando por criterio de rehabilitación se recomienda. rehabilitación física y profesional.

Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios²². Hay que tener en cuenta que el condicionamiento de los sujetos dificulta el acceso de los mismos a uno u otro tipo de prestaciones. La contingente obstaculización al acceso de estas prestaciones, producto del decreto aquí estudiado, puede llegar a ser objeto de demanda del mismo, fundamentándose tanto en su ilegalidad (obstaculización del acceso a prestaciones económicas) como en su inconstitucionalidad (obstaculización del acceso a prestaciones asistenciales fundamentales).

En consecuencia el decreto objeto de estudio del presente texto, sobresale su campo de labor reglamentaria de cara tanto a la Ley 100 de 1993 como ley dispositiva del Sistema de Seguridad Social, así como la Ley 1751 de 2015 Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud, cuando se sirve condicionar a los sujetos participantes del Sistema de Seguridad Social en Salud en los eventos en que al interior de sus disposiciones los enmarca dentro de la repetida expresión “afiliado cotizante” sin tener en cuenta su pertenencia a uno u otro régimen (contributivo o subsidiado). La inexactitud o uso desafortunado del término “cotizante” se traduce en claramente en un requisito no establecido en el marco de reglamentación del decreto y que sin más, obedece a una arbitrariedad del mismo.

A manera de ejemplo, tenemos el caso del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) o Ley 1437 de 2011, cuando mediante el mismo se pretendió regular el Derecho de Petición, mecanismo considerado entre los derechos

²² Ministerio de Salud y de Protección Social de Colombia. Generalidades del Sistema de Riesgos Profesionales (2015). <http://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/Contenidos/generalidades-SGRL.aspx>.

fundamentales. Así, los apartes referentes al Derecho de Petición en el CPACA fueron derogados y se ordenó la regulación de dicho derecho mediante ley estatutaria, en consecuencia, profiriéndose la Ley Estatutaria 1755 de 2015.

También tenemos un caso más reciente, sobre el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia o Ley 1801 de 2016. Este código por su parte pretendió regular de alguna manera el Derecho a la Reunión y a las manifestaciones públicas. La Corte Constitucional consideró que sobre estas materias pende reserva estatutaria y que en razón de esto se debe llevar a cabo la regulación mediante ley estatutaria. La concentración de la Corte en cuanto a lo que a su parecer no era susceptible de reglamentarse se reduce a apartes de la Ley 1801 de 2016 que disponía que los municipios tendrían la potestad de reglamentar la materia en relación a manifestaciones y reuniones, sujetándose a su vez a las reglamentaciones que el Gobierno pudiera expedir. Todos estos reglamentos quedarían sin validez una vez se regule la materia de manera apropiada, es decir, mediante una ley estatutaria.

A2. Argumentos de la Apertura a la Potestad Reglamentaria

Al igual que en la sección pasada se intentó argumentar abogando por los límites a la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, es posible encontrar argumentos, lineamientos jurídicos y providencias constitucionales que defiendan los decretos reglamentarios como las herramientas para desarrollar las leyes en busca de la garantía de su efectiva ejecución. Así mismo se puede entonces, defender el decreto del caso que nos ocupa, como elemento para reglamentar entre otras la Ley 100 de 1993 y la Ley Estatutaria 1751 de 2015, además de los cambios y unificación que efectúa en normas de Seguridad Social en Salud en cuanto a afiliación y continuidad de prestación

del servicio. Para efectuar este argumento de manera correcta y fácil de comprender, comenzaré por acudir a una providencia que desarrolla el tema. Tal y como la sentencia C-408 de 1994 de la Corte Constitucional²³, que versa sobre la materia de Seguridad Social para fortuna del argumento a favor de la apertura en reglamentación ejecutiva y sobre todo en cuanto al Decreto 2353 de 2015 por su materia.

La sentencia en cuestión analiza el Derecho a la Seguridad Social desde una óptica de asistencia o política pública, se remite a también a la Ley 100 y se discute de la procedencia de la misma como ley ordinaria y el por qué sería improcedente que la misma se hubiera desarrollado bajo la figura de ley estatutaria. Comienza la Corte por establecer que la Seguridad Social si bien en sí constituye uno de estos derechos DESC, en los casos que se dispone el desarrollo de la materia en pro de sus procedimientos y correcta ejecución se está frente a elementos de tipo asistencial y no corresponde a elementos de derechos fundamentales puntualmente, en consecuencia, no meritorios de someterse al trámite de ley estatutaria.

La misma corporación se había referido previamente al tema en la sentencia C-013 de 1993²⁴, se estableció que si bien el objeto de las leyes estatutarias es complementar y desarrollar derechos fundamentales no necesariamente todo avance regulativo en la materia está llamado a hacerse por medio de ley estatutaria, afirma esta corte que de que fuera necesario hacerlo de este modo “se

²³ Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de septiembre de 1994) Sentencia C-408 de 1994. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

²⁴ Corte Constitucional, Sala Plena. (21 de enero de 1993) Sentencia C-013 de 1993. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

vaciaría la competencia del legislador ordinario”, y de manera muy acertada toma como ejemplo el Código Penal y el Código Civil:

“La misma Carta autoriza al Congreso para expedir, por la vía ordinaria, códigos en todos los ramos de la legislación. El Código Penal regula facetas de varios derechos fundamentales cuando trata de las medidas de detención preventiva, penas y medidas de seguridad imponibles, etc. Los Códigos de Procedimiento sientan las normas que garantizan el debido proceso. El Código Civil se ocupa de la personalidad jurídica y de la capacidad de las personas. En resumen, mal puede sostenerse que toda regulación de estos temas haga forzoso el procedimiento previsto para las leyes estatutarias”.

Con los ejemplos de la precitada sentencia puede establecerse claramente que el hecho de que una ley ordinaria (o decreto reglamentario) toque temas relativos a derechos fundamentales de manera operativa, no significa que se esté regulando el tema por fuera del trámite trazado. Y también se desprende de este argumento que, en el caso de la reglamentación por parte del ejecutivo, no significa que se incurra en una captura regulativa o se pretenda evadir el control constitucional que hay sobre estas materias. Refuerza este argumento, el hecho de que en la sentencia mencionada la Corte se sirva establecer que por medio de las leyes estatutarias se garantizan y se reconocen los derechos fundamentales, pero que estas *“No fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales”.*

Finalmente, la sentencia en cuestión entiende la Seguridad Social tanto como un servicio público inalienable y obligatorio desde el punto de vista de la obligación estatal, desde la óptica de los derechos lo concibe como uno irrenunciable. Así, sin restarle importancia como derecho, establece que en los casos en los que se pretende la regulación y/o reglamentación sobre los procedimientos relativos a servicios, auxilios, asistencias y prestaciones de Seguridad Social a cargo del Estado, nada obsta para que sea tarea de leyes ordinarias y en el caso de la reglamentación, de los decretos reglamentarios que expide el Presidente.

Según todo el argumento anterior, es claro que el Decreto 2353 como herramienta reglamentaria, trata las normas relativas al Sistema de Seguridad Social en Salud, específicamente sus normas sobre afiliación y propende en su reglamentación, por garantizar el principio de continuidad en el servicio. Dicho decreto establece el Sistema de Afiliación Transaccional abogando por una mayor agilidad en estos procedimientos de afiliaciones y novedades dentro del sistema. Sintetizando la discusión legal, constitucional, doctrinal y acerca de las providencias a las que se ha acudido a lo largo del texto, no se ve objeción válida para vetar el uso de decretos reglamentarios al ampliar materias relativas a derechos fundamentales, siempre y cuando, la tarea que desempeñan sea desde un punto de vista meramente operativo y procedimental, es decir, que cuando se trata de establecer y reconocer derechos fundamentales la competencia sí es de ley estatutaria y por otro lado, cuando se pretende la ampliación y profundización en normas atinentes al acceso o desarrollo de estos derechos, no hay manera de razonar en contra de que se empleen leyes ordinarias o los decretos pertinentes, ya que como es posible apreciar dentro de los argumentos de la Corte Constitucional, no se sale de la competencia del legislador ordinario ni de la potestad reglamentaria ejecutiva.

B. Consideraciones Adicionales

Ha habido bastante por decirse dentro de la discusión acerca de la competencia regulativa en temas relativos a la Seguridad Social en Salud y obviamente sobre el Derecho Fundamental a la Salud, tal como ocurrió tras la expedición de la Ley 100 de 1993, cuando tras la polémica sobre la idoneidad de esta ley se presentaron algunas demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. Esta corporación tuvo a bien defender la idoneidad de dicha ley en sentencias como la C-052 de 1995²⁵, dentro de la cual la Corte se acogió a la cosa juzgada que existía sobre la materia remitiéndose a la sentencia C-408 de 1994 (ya analizada en este texto). Arguye que dentro de los contenidos tratados en la Ley 100 de 1993 no aparecen enunciados que bien “amplíen o limiten los contenidos de su núcleo esencial” sino que se tratan elementos que por su carácter de adyacente y reglamentario recaen dentro de la competencia del legislador ordinario. También consideró la corte que, salvo excepciones, las normas relativas a la Seguridad Social no deben ser objeto de regulación mediante leyes estatutarias, cuando versan sobre elementos de tipo asistencial que resultan de la existencia de una relación laboral o de la “simple participación en el cuerpo social”.

V. Conclusiones

La Seguridad Social en Colombia además de ser un servicio público (de carácter obligatorio como prestación estatal e irrenunciable desde el punto de vista de sus destinatarios), hace parte de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Este derecho comparte una estrecha relación

²⁵ Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de febrero de 1995) Sentencia C-052 de 1995. [MP Carlos Gaviria Díaz].

de conexidad con los Derechos Fundamentales a la Salud y a la Vida. Teniendo en cuenta la importancia del Derecho a la Seguridad Social y su calidad de derecho fundamental por conexidad, existe la posibilidad de discutir si el Decreto 2353 de 2015 como decreto reglamentario incurrido en una captura regulativa por medio de un exceso en su reglamentación, de una materia con reserva no solo legal sino legal estatutaria (siendo esta la incógnita planteada al comienzo del texto). Como es sabido, la regulación de materias relativas a los derechos fundamentales debe llevarse a cabo mediante un trámite más riguroso y exigente tal y como lo es el trámite de ley estatutaria en vista de la importancia del tema sobre el que versan, siendo este tipo de ley el idóneo para el reconocimiento, ampliación y restricción de derechos fundamentales.

Tras llevar a cabo la presentación y explicación pormenorizada del contenido del decreto en cuestión, efectuado un recorrido a través de la tipología de los decretos a cargo del ejecutivo, presentado el fenómeno conocido como “elusión constitucional” junto con sus consecuencias, esgrimidos los argumentos legales, constitucionales, doctrinales y jurisprudenciales tanto en contra como a favor del decreto en cuestión como herramienta reglamentaria en la materia, discutidos y expuestos los cambios puntuales que implementa el decreto en materia de los afiliados como sujetos del Sistema de Seguridad Social en Salud y en referencia al acceso a las prestaciones del mismo, se llega al punto en que es claro que existe la posibilidad de que mediante los decretos promulgados por el ejecutivo se de una intrusión en materias con reserva estatutaria y se evada el control constitucional, y este es el caso en el que nos encontramos frente al Decreto 2353 de 2015.

La misma Corte Constitucional presenta un argumento lógico en el cual considera que si bien no a toda regulación acerca de un derecho fundamental debe imprimírsele el trámite de ley estatutaria,

más aún cuando se trata del Derecho a la Seguridad Social, y siendo el mismo un derecho fundamental por la conexidad antes mencionada de este último con los Derechos Fundamentales a la Salud y la Vida, sí debe mediar una ley estatutaria siempre que como producto de la regulación se dé reconocimiento, ampliación o limitación (como hemos visto que es el caso, mediante el condicionamiento implícito en la adición del término “cotizantes”).

En el decreto estudiado se pretende la reglamentación de las políticas públicas conducentes a la correcta ejecución de la ley en la materia y del efectivo acceso a estos derechos, siendo en realidad contraproducente frente al último. Si el caso fuera que el decreto se limitara a tocar estos temas sin incluir dentro de sus disposiciones limitación alguna al acceso a prestaciones y servicios de salud, no se habría encontrado vulneración a los preceptos constitucionales ni las leyes marco que son la razón de ser de su facultad reglamentaria.

Lo anterior es claro de cara a que el Decreto 2353 de 2015 reglamenta aspectos tanto de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1751 de 2015 además de que modifica y unifica normas del Sistema General de Seguridad Social y específicamente sobre la afiliación en salud y también crea el Sistema de Afiliación Transaccional. El decreto aduce propender por la garantía de los principios de agilidad y continuidad en el servicio, ocasionando en realidad efectos adversos de cara a los condicionamientos que injustificadamente incluye frente a los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuando pretende generalizarlos a todos como cotizantes, sin consideración acerca de qué tema toca ni de los regímenes a los que estos sujetos pueden pertenecer.

Lo anterior no obsta para que los aspectos de índole asistencial u operativa puedan ser objeto de reglamentación por parte de este tipo de decretos, al contrario, los decretos reglamentarios fueron desarrollados con este fin. No obstante, cuando la reglamentación de lo operativo se superpone a un derecho fundamental influyendo de manera práctica en su reconocimiento, ampliación o limitación, se está frente a una captura regulativa con reserva estatutaria, tal y como se ha constatado es el caso del Decreto 2353 de 2015.

A luces del análisis aquí realizado, no es sino lógico concluir que en principio el decreto estudiado sí cuenta con un marco de reglamentación que le permite preceptuar de manera meramente operativa y/o asistencial sobre su materia, y que a pesar de esto, se ha valido del uso indiscriminado del término “afiliado cotizante” para la totalidad de los sujetos del Sistema de Seguridad Social en Salud. Lo anterior según el examen realizado, deviene en un requisito adicional para muchas de las personas que perteneciendo al régimen subsidiado, solo figuran como afiliados al sistema, traduciéndose esto en un obstáculo para acceder a los servicios y prestaciones. Todo esto, contraviene no solo las normas marco que le otorgan al decreto su campo de acción reglamentaria, sino la misma Constitución, concluyéndose que dentro del Decreto 2353 de 2015 sí existen preceptos ilegales e inconstitucionales.

VI. Demanda de Acción de Nulidad Simple

HONORABLES MAGISTRADOS

CONSEJO DE ESTADO

Sala Plena

Bogotá D.C.

REFERENCIA: ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD SIMPLE CONTRA EL DECRETO 2353 DE 2015, EXPRESIÓN “AFILIADO(S) COTIZANTE(S)” DENTRO DE LOS ARTÍCULOS 3, 21, 32, 46, 50, 53, 66, 70, y 71.

DEMANDANTE: JUAN CAMILO TORO RESTREPO

JUAN CAMILO TORO RESTREPO, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Medellín (Ant.), actuando en calidad de ciudadano colombiano, actuando en mi condición de ciudadana colombiana, de manera respetuosa instauo la ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE, fundamentándome en lo predispuesto en los artículos 93, 137 y 162 de la Ley 1437 de 2011²⁶ (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), contra el uso generalizado del término “*afiliado(s) cotizante(s)*” dentro de los artículos 3, 21, 32, 46, 50, 53, 66, 70, y 71 del Decreto 2353 de 2015²⁷, por medio del cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al sistema general de seguridad social en salud, se crea el sistema de afiliación transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud en Colombia.

²⁶ Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011). Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.

²⁷ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. DO: 49.715.

I. Presupuestos Procesales de la Acción

A. Legitimidad

La presente acción se impetra en consonancia con lo dispuesto por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en específico dentro de los siguientes artículos de dicho código (Ley 1437 de 2011):

-Artículo 93²⁸, el cual dispone las causales para solicitar la revocación de un acto administrativo, siendo estas: 1) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. Y 3) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

-Artículo 137²⁹, que dispone la posibilidad de que todo ciudadano por sí mismo o por medio de apoderado solicite la nulidad de los actos administrativos de carácter general, siempre y cuando estos mismos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

B. Oportunidad

²⁸ Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) Artículo 93 [Parte I Título III]. Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.

²⁹ Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) Artículo 137 [Parte II Título III]. Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.

Tratándose en la presente de una acción de nulidad simple, de cara a lo dispuesto por el literal a) del artículo 164 del CPACA, que preceptúa que este medio de control puede interponerse en cualquier tiempo³⁰.

C. Competencia

A la luz del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política³¹ y de la Ley 446 de 1998, específicamente en su artículo 33³², donde se dispone que es la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es quien ostenta la competencia para conocer sobre las acciones dirigidas a decretos ejecutivos.

D. Procedencia

La acción procede frente al Decreto 2353 de 2015, acto administrativo expedido por la Presidencia de la República, en contravía de los preceptos legales y constitucionales que presentan su marco de reglamentación (general y específica):

- Constitución Política de Colombia³³: Artículos 115, 152, 189 numeral 11.
- Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud, Ley 1751 de 2015³⁴.
- Ley Ordinaria 100 de 1993³⁵.

³⁰ Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) Artículo 164 [Parte II Título V]. Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.

³¹ Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 237 [Título VIII]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

³² Congreso de Colombia. (8 de julio de 1998) Artículo 33 [Título III]. por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia [Ley 446 de 1998]. DO: 43.335.

³³ Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

³⁴ Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015). Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427.

³⁵ Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley Ordinaria por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se Dictan otras Disposiciones [Ley Ordinaria 100 de 1993]. DO: 41.148.

II. Designación de las Partes

A. Demandante

JUAN CAMILO TORO RESTREPO, identificado tal y como aparece al pie de mi firma, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Medellín (Ant.), ciudadano colombiano en ejercicio de la potestad estipulada en el artículo 137 del CPACA.

B. Demandado

Es demandada la Presidencia de la República, quien expidió el decreto que se acusa, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 159 del CPACA.

III. Hechos y Antecedentes

1. la Ley 100 de 1993 en su momento fue la encargada de la creación del Sistema de Seguridad Social y de la regulación respectiva a estos temas. Esta ley previó en su momento la posibilidad de ampliar sus preceptos mediante la debida intervención estatal, como lo es el Decreto 2353 de 2015. En dicha ley, en específico, sus artículos 154, 157 y 159, previeron la intervención del Estado en la Seguridad Social en Salud, como servicio público; intervención en cuanto a los estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación; y finalmente, intervención relativa a las garantías de los afiliados, respectivamente³⁶.

2. Por su parte, la Ley 1751 de 2015, es la ley estatutaria por medio de la cual se reguló el Derecho Fundamental a la Salud en Colombia. De cara al Decreto 2353 de 2015 fue otra ley que previó su marco reglamentario en el tema, específicamente en su artículo 19, donde se manifiesta que se deberá implementar una nueva política para el manejo de la información en salud³⁷.

³⁶ Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) Artículos 154, 157 y 159 [Libro II]. Ley Ordinaria por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se Dictan otras Disposiciones [Ley Ordinaria 100 de 1993]. DO: 41.148.

³⁷ Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015) Artículo 19 [Capítulo IV]. Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427.

3. La Constitución Política de Colombia en el numeral 11 del artículo 189 prevé entre las funciones del Presidente de la República, el ejercicio de su potestad reglamentaria, en el caso que nos asunta se ha materializado dicha potestad por medio de un decreto de contenido administrativo, un decreto reglamentario.

4. Los preceptos legales y constitucionales antes descritos dibujan el marco de reglamentación dentro del cual le está permitido al ejecutivo el ejercicio de su facultad de reglamentación, siendo así, que cualquier otra intervención que no recaiga dentro de dicho parámetro se verá como una extralimitación de dicha potestad.

5. Cuando la Ley 100 de 1993 habla de los sujetos pertenecientes al Sistema de Seguridad Social en Salud (esto es, la totalidad de la población colombiana) se refiere a los afiliados, sin embargo, solo califica de “cotizantes” a estas personas en tres casos concretos:

- Cuando en su artículo 162 habla sobre el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.): “(...) *Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud será el contemplado por el Decreto-Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones (...)*”³⁸.

- Cuando en el artículo 162 se mencionan los pagos moderadores: “(...) *Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente Ley (...)*”³⁹.

³⁸ Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) Artículo 162 [Libro II, Título I]. Ley Ordinaria por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se Dictan otras Disposiciones [Ley Ordinaria 100 de 1993]. DO: 41.148.

³⁹ *Ibíd.*

Al igual que en el artículo 187 se tratan los pagos moderadores: “(...) *Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema (...)*”⁴⁰.

-Cuando en el párrafo del artículo 240, en el cuál se trata sobre las Cajas de Compensación Familiar:

“Durante el período en el cual los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, no puedan trasladarse a otras Entidades Promotoras de Salud, la atención de las familias de los trabajadores podrá ser cubierta por las cajas de compensación familiar o por cualquier otra Entidad Promotora de Salud, de acuerdo con la elección que haga el afiliado cotizante (...)”⁴¹.

6. El uso determinado que se le dio a la expresión en cuestión dentro de las disposiciones antes descritas de la palabra cotizantes es lógico de cara a que la inclusión de la palabra cotizante tiene implicaciones prácticas y teóricas, pero bien orientadas, ya que estos afiliados cotizantes pertenecen al régimen contributivo del sistema, es decir la población con capacidad de pago al Sistema de Seguridad Social en Salud.

7. La Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015, no habla como tal ni de afiliados ni de cotizantes, en vista de que la misma dentro de su generalidad, se refiere al Sistema de Seguridad Social en Salud, dentro del que se da el acceso a las prestaciones de salud.

8. Sin embargo, el Decreto 2353 de 2015 hace un uso desmedido del término “afiliado cotizante”. A lo largo del mismo, dicho término aparece unas 43 veces. El término se implanta no solo en normas correspondientes al régimen contributivo del sistema, sino en las normas comunes a los regímenes contributivo y subsidiado.

⁴⁰ Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) Artículo 187 [Libro II, Título II]. Ley Ordinaria por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se Dictan otras Disposiciones [Ley Ordinaria 100 de 1993]. DO: 41.148.

⁴¹ Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) Artículo 240 [Libro II, Título V]. Ley Ordinaria por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se Dictan otras Disposiciones [Ley Ordinaria 100 de 1993]. DO: 41.148.

9. La aparición del término dentro de normas aplicables al régimen subsidiado constituye un requisito adicional, no previsto dentro de las leyes creadoras del marco de reglamentación del decreto e ilógico, de cara a que los afiliados pertenecientes al régimen subsidiado son población sin capacidad de pago al Sistema.

10. Así, esta extralimitación del Decreto 2353 de 2015 constituye una flagrante limitación a previsiones y derechos tanto legales como constitucionales que más adelante se verán explicados.

IV. Concepto y Fundamento de la Violación

A. Desbordamiento del campo de acción reglamentaria en el Decreto 2353 de 2015

Efectivamente, el decreto en cuestión no solo efectúa una captura regulativa por lo que se inmiscuye en temas cuya regulación recae exclusivamente dentro del ámbito y posibilidad de leyes estatutarias en vista de que se trata del reconocimiento, ampliación o (en este caso) limitación de derechos fundamentales, tal y como lo es el Derecho Fundamental a la Salud, de tal manera que no solo se violan las leyes que prevén el campo de acción reglamentaria del decreto acusado, también está siendo violada la Constitución, en razón a los derechos fundamentales por esta reconocidos para los ciudadanos colombianos.

Existe entonces, una violación flagrante por parte del decreto acusado, al Derecho Fundamental a la Salud regulado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015. En primer lugar, ya que el mismo dispone como obligaciones del Estado en su artículo 5 el respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del Derecho Fundamental a la Salud⁴². El goce de dicho derecho se manifiesta como el acceso efectivo a las prestaciones económicas o asistenciales de salud a las que pueda haber lugar según la necesidad de cada individuo.

⁴² Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015) Artículo 5 [Capítulo I]. Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427.

El decreto en cuestión condicional el acceso a dichas prestaciones según la calidad de cotizante del afiliado, lo que no tiene lugar de cara a que los afiliados pertenecientes al régimen subsidiado son parte de la población sin capacidad de pago que se identifican de esta manera por medio de la encuesta del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN). El Decreto 2353 de 2015 en sus normas sobre afiliación comunes a ambos sistemas (ubicadas en su capítulo III), en cuanto trata sobre la inscripción de beneficiarios, no se hace la diferenciación entre un régimen u otro:

*“ART. 21. —Composición del núcleo familiar. Para efectos de la inscripción de los beneficiarios, el núcleo familiar del **afiliado cotizante** estará constituido por (...)”⁴³*
(negrita y subraya por fuera del texto).

De igual manera este decreto, en su artículo 3 sobre las definiciones, las referencias al grupo familiar siempre se hacen sobre afiliados cotizantes, dejando por fuera de la norma a los afiliados pertenecientes al régimen subsidiado. Lo anterior se evidencia en el inciso 3.1:

*“3.3. Afiliado adicional: Es la persona que, por no cumplir los requisitos para ser cotizante o beneficiario en el régimen contributivo, conforme a lo previsto en el presente decreto se inscribe en el núcleo familiar de un **afiliado cotizante** mediante el pago de una UPC adicional”⁴⁴* (negrita y subraya por fuera del texto).

Tratándose del tema sobre la terminación de las inscripciones se encuentra de nuevo el discutido yerro reglamentario, dentro del artículo 32 en su inciso 32.5 también se alude únicamente a la figura de afiliado cotizante:

*“32.5. Cuando el **afiliado cotizante** y su núcleo familiar fijen su residencia fuera del país y reporte la novedad correspondiente a la EPS o a través del sistema de afiliación transaccional (...) PAR. 1º—Cuando el **afiliado cotizante** y su núcleo*

⁴³ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 21 [Capítulo III]. DO: 49.715.

⁴⁴ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 3 [Capítulo I]. DO: 49.715.

*familiar fijan su residencia fuera del país deberán reportar esta novedad a más tardar el último día del mes en que esta se produzca y no habrá lugar al pago de las cotizaciones durante los periodos por los que se termina la inscripción*⁴⁵ (negrita y subraya fuera del texto).

Si bien el artículo en cuestión trata sobre los afiliados residiendo en el exterior, esto no obsta para que el precepto debiera versar también sobre los afiliados al sistema pertenecientes al régimen subsidiado, en vista de que por medio de prerrogativas del SISBEN, aquellas personas con el puntaje determinado por tal encuesta podrían acceder a estudios en el exterior y en razón a esto fijar su domicilio por fuera del país.

Ocurre de manera aún más evidente el desconocimiento de la calidad de afiliado no cotizante, dentro de las normas relativas a reporte de novedades comunes ambos regímenes (capítulo VI del decreto), tal como en el artículo 46:

*“ART. 46. —Reporte de novedades en la condición de los beneficiarios. Los trabajadores dependientes e independientes son responsables de registrar en el sistema de afiliación transaccional, todas las novedades que se presenten en la condición de sus beneficiarios; también lo harán respecto de sus afiliados adicionales, si se hace uso de la figura prevista en el artículo 38 del presente decreto. Los beneficiarios serán responsables de registrar la novedad de fallecimiento del **afiliado cotizante**”*⁴⁶ (subraya y negrita fuera del texto).

Es evidente el yerro de cara a que no se especifica el camino a seguir para los beneficiarios de un afiliado no cotizante que falleciera, solo se plasma que los afiliados son responsables del reporte de novedades sobre sus beneficiarios. Es decir, se deja sin reglamentar la situación en la que se encontrarían los beneficiarios de un afiliado

⁴⁵ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 32 [Capítulo III]. DO: 49.715.

⁴⁶ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 46 [Capítulo VI]. DO: 49.715.

perteneciente al régimen subsidiado, y cabe apuntar que esto sucede dentro de las normas comunes a los regímenes contributivo y subsidiado.

Ya tratándose de las condiciones de traslado entre entidades, se tienen nuevamente normas comunes a ambos regímenes, aun así, el decreto continúa su reglamentación generalizando ante el término de afiliados cotizantes, tal y como se evidencia en el artículo 50:

*“ART. 50. —Condiciones para el traslado entre entidades promotoras de salud. Para el traslado entre entidades promotoras de salud, el afiliado deberá cumplir las siguientes condiciones: (...)50.3. No estar el **afiliado cotizante** o cualquier miembro de su núcleo familiar internado en una institución prestadora de servicios de salud”⁴⁷ (subraya y negrita por fuera del texto).*

Si bien el resto de la norma citada si hace una diferenciación entre afiliados cotizantes (del régimen contributivo) y los cabezas de familia (del régimen subsidiado), en el aparte antedicho no se da claridad acerca de este requisito para el traslado de cara al régimen subsidiado, dejando a sus miembros por fuera de la reglamentación y obstaculizando la movilidad de los mismos.

Sucede de igual manera cuando se trata en el decreto sobre el registro de la novedad o traslado que se efectúa en el Sistema de Afiliación Transaccional (SAT), de cara a que el reporte solo se ha previsto frente a afiliados cotizantes, como se puede apreciar de la lectura del artículo 53:

*“ART. 53. —Registro y reporte de la novedad de traslado. El sistema de afiliación transaccional dispondrá los mecanismos para que los requisitos de traslado se puedan verificar automáticamente y para que los **afiliados cotizantes** puedan registrar la solicitud de traslado, así como la notificación del traslado a las EPS, a los afiliados cotizantes, a los aportantes y a las entidades territoriales cuando se*

⁴⁷ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 50 [Capítulo VII]. DO: 49.715.

*trate del traslado de EPS entre regímenes diferentes*⁴⁸ (subraya y negrita por fuera del texto).

Es claro cómo quedan por fuera los afiliados no cotizantes, es decir pertenecientes al régimen subsidiado, a lo que no debe haber lugar en la precitada norma en vista de que estas normas sobre reportes de novedades y relativas al SAT son comunes a ambos regímenes. Es más, la inconsecuencia con el uso de la terminología es tan evidente que en el artículo 54 sí se hace una diferenciación tajante entre los pertenecientes a uno u otro régimen, tal como se evidencia: “(...) *El traslado entre EPS no requerirá que **el afiliado cotizante o afiliado en el régimen subsidiado** allegue los documentos presentados al momento de la inscripción de los integrantes de su núcleo familiar*”⁴⁹ (subraya y negrita fuera del texto).

Una de las omisiones en esta reglamentación que resultan más gravosas de cara a la posibilidad de acceder a las prestaciones económicas, se encuentra materializada en el artículo 66 del decreto, en vista de que este consagra un periodo de protección laboral, pero una vez más, se dejan por fuera a los cesantes afiliados no cotizantes o miembros del régimen subsidiado y de igual manera a su grupo familiar:

*“Cuando el empleador reporte la novedad de terminación del vínculo laboral o cuando el trabajador independiente pierda las condiciones para continuar como cotizante y reporte la novedad, el cotizante y su núcleo familiar gozarán del período de protección laboral hasta por uno (1) o tres (3) meses más contados a partir del día siguiente al vencimiento del período o días por los cuales se efectuó la última cotización. Durante el período de protección laboral, el **afiliado cotizante y su núcleo familiar** tendrán derecho a la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios por el período de un (1) mes cuando haya estado inscrito en la*

⁴⁸ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 53 [Capítulo VII]. DO: 49.715.

⁴⁹ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 54 [Capítulo VII]. DO: 49.715.

*misma EPS como mínimo los doce (12) meses anteriores y de tres (3) meses cuando haya estado inscrito de manera continua durante cinco (5) años o más. Cuando durante el período de protección laboral al afiliado se le otorgue el mecanismo de protección al cesante previsto en la Ley 1636 de 2013 y en el capítulo 1, del título 6 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, el período de protección laboral cesará*⁵⁰ (subraya y negrita fuera del texto).

Es especialmente gravosa e ilógica la omisión efectuada por la administración ante la promulgación de todo el decreto, más aún del artículo ya mencionado, teniendo en cuenta que es una de las normas del capítulo VIII que agrupa los preceptos con mecanismos para garantizar la continuidad del aseguramiento en salud. Esto se traduce en una exclusión de los afiliados del régimen subsidiado, en vista de que según se desprende de la lectura del aparte anterior, no contarían con este periodo especial de protección al cesante (y a la familia del mismo). Un tipo similar de obstrucción al acceso de prestaciones económicas se presenta de nuevo frente a los beneficiarios de un afiliado no cotizante fallecido, de cara a lo que se dispone en el artículo 70:

*“ART. 70. —Garantía de la continuidad de la protección en salud de los beneficiarios de un cotizante fallecido. Los beneficiarios de un cotizante fallecido tendrán derecho a permanecer en el sistema en los mismos términos y por el mismo período que se establece para los períodos de protección laboral en los términos previstos en el presente decreto cuando el cotizante fallecido tuviere derecho a ella; en todo caso, registrarán la novedad en el sistema de afiliación transaccional a más tardar en el mes siguiente al fallecimiento. **Cuando una entidad promotora de salud, EPS, haya compensado por un afiliado cotizante fallecido o su grupo familiar, deberá proceder a la devolución de las UPC así compensadas, en el período siguiente de compensación que corresponda a aquel en que se verificó la información sobre el fallecimiento.** PAR. —Hasta tanto entre en operación el sistema de afiliación transaccional, la*

⁵⁰ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 66 [Capítulo VIII]. DO: 49.715.

*novedad de que trata el presente artículo deberá reportarse directamente a la EPS*⁵¹ (subraya y negrita fuera del texto).

Finalmente, cuando se tratan los efectos de la mora en cotizaciones de trabajadores dependientes, no se tiene en cuenta en el segundo inciso del artículo 71 a los miembros del régimen subsidiado, se les desconoce de la garantía de las EPS frente a ellos y sus núcleos familiares:

*“(...) De acuerdo con el artículo 43 de la Ley 789 de 2002, cuando ha mediado el descuento del aporte del trabajador y el empleador se abstiene de efectuar el pago de los aportes y por ello se encuentre en mora, la EPS deberá garantizar la continuidad de la prestación de los servicios de salud al trabajador y a los integrantes de su núcleo familiar que se encuentren con tratamientos en curso, sea en atención ambulatoria, con internación, de urgencias, domiciliaria o inicial de urgencias. **Los costos derivados de la atención en salud del afiliado cotizante y su núcleo familiar estarán a cargo del empleador que se encuentre en mora, para lo cual la EPS cubrirá los costos y repetirá contra el empleador.** Para tal efecto, el trabajador deberá allegar el desprendible de pago o su documento equivalente en el que conste que le ha sido descontado el aporte a su cargo (...)”*⁵² (subraya y negrita fuera del texto).

Hay una evidente desprotección para los afiliados no cotizantes que por alguna razón tengan un empleo temporal, y que del mismo modo sean del régimen subsidiado, esta desprotección se hace extensiva a los miembros de su núcleo familiar.

B. Derecho Fundamental a la Salud y Acceso a Prestaciones de Salud

El Decreto 2353 de 2015 incurre en una extralimitación en su campo de acción reglamentario, que paradójicamente se traduce en una omisión reglamentaria. Lo

⁵¹ Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 70 [Capítulo VIII]. DO: 49.715.

⁵² Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 71 [Capítulo IX]. DO: 49.715.

anterior se debe a que en los aspectos en los que el decreto se sirve generalizar frente a los afiliados calificándolos a todos de “afiliados cotizantes” se dejan por fuera a los miembros del régimen subsidiado, en consecuencia, en muchos de los casos que esto sucede se habla del acceso a prestaciones tanto asistenciales como económicas, prestaciones que materializan a su vez la garantía del acceso al Derecho Fundamental a la Salud dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Uno de los principios pregonados por el decreto aquí acusado es el de la continuidad en la afiliación y goce efectivo del Derecho Fundamental a la Salud, esta garantía se traslapa con la Seguridad Social vista como un servicio público de carácter obligatorio (visto desde el Estado como el prestador), e inclusive como la misma Constitución lo pregona en su artículo 48:

*“(...) Se garantiza **a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social**. El Estado, con la participación de los particulares, **ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social** que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley (...)”⁵³ (subraya y negrita fuera del texto).*

Del aparte anterior claramente se desprende la garantía constitucional generalizada a toda la población colombiana, sin diferenciación entre un régimen u otro, al acceso a la Seguridad Social General, a su vez que queda claro que cualquier regulación o reglamentación estatal deberá apuntar a la ampliación progresiva. Lo anterior se ve expresa y manifiestamente contrariado a manos del decreto demandado, toda vez que en primer lugar se condiciona el acceso al Sistema de Seguridad Social (en Salud) a una parte de la población y que en consecuencia se da una reglamentación restrictiva en lugar de progresiva. Hay una mayor claridad en lo que aquí se describe, de cara al artículo 49 de la Constitución Política:

*“(...) La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. **Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios***

⁵³ Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 48 [Título II]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

de promoción, protección y recuperación de la salud. *Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...)*⁵⁴ (subraya y negrita por fuera del texto).

El acceso a la salud como tal no constituye solamente un derecho fundamental, sino que se puede apreciar desde la óptica de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), los DESC se presentan desde dos puntos de vista a su vez: más que una garantía individual de la persona, son cargas u obligaciones estatales⁵⁵. Sobre la naturaleza progresista que debe persistir en toda regulación o reglamentación relativa a estos derechos, la Corte Constitucional ha dispuesto que los avances deben darse mediante políticas públicas, cuya regulación debe ser a cargo del legislativo, este argumento nos lleva al siguiente punto sobre el que se fundamenta la presente acción: el hecho de que el ejecutivo se inmiscuye en materias cuya regulación tiene reserva legislativa estatutaria y por tanto se da una captura regulativa.

C. Reserva Legislativa Sobre la Materia Tratada en el Decreto 2353 de 2015

Según la Corte Constitucional, los DESC son:

*“(...) **aspectos esenciales de la vida social cuya solución no puede confiarse a cuerpos administrativos** o judiciales carentes de responsabilidades políticas y que no cuentan con los elementos cognoscitivos necesarios para adoptar posiciones que tienen efecto global y que no pueden asumirse desde una perspectiva distinta”⁵⁶* (subraya y negrita fuera del texto).

⁵⁴ Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 49 [Título II]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

⁵⁵ Acerca de este tema, la Corte Constitucional ha tenido a bien ampliar y catalogar los DESC como Derechos de Segunda Generación. Estos derechos tienen una relación íntima con los Derechos Fundamentales y en consecuencia no pueden ser regulados de manera restrictiva.

Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas. (s.f.) Sentencia T-008 de 1992. [MP Fabio Morón Díaz].

⁵⁶ Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de marzo de 1997) Sentencia U-111 de 1997. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

El extracto anterior es parte de una providencia que a su vez no es más que un paso dentro de la línea jurisprudencial que ha logrado señalar que la Seguridad Social y el acceso a esta es una materia sobre cuya regulación pende una reserva no solo legal sino estatutaria. Lo anterior, por cuanto se trata de Derechos Fundamentales y es claro a luces de la Constitución, que a estos temas debe imprimírseles un trámite más riguroso debido a su importancia:

*“ARTICULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: (...) **a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;** (...) b. Administración de justicia; (...) c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; (...) d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (...) e. Estados de excepción; (...) f. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley; (...) g. Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la Constitución”⁵⁷ (subraya y negrita fuera del texto).*

Es claro que toda extralimitación del ejecutivo en los casos en los que haga uso de su potestad reglamentaria devendría en la ilegalidad de dicho acto administrativo, sin embargo, teniendo en cuenta que la extralimitación en el caso que nos asunta recae sobre materias con reserva estatutaria, el acto administrativo adolecería además de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional ha tenido a bien establecer la prohibición al ejecutivo de restringir o limitar la ley o derechos fundamentales conferidos ya sea por la Constitución o normas de un rango superior a los actos administrativos expedidos por este:

*“[Al ejecutivo] **le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley.** No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. Es de desatacar aquí, que no todas*

⁵⁷ Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 152 [Título VI]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

*las Leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen Leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una regulación ulterior. **La facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de la Ley, encontrándose, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador** (...)*⁵⁸ (subraya y negrita por fuera del texto).

A luces de la providencia mencionada, es claro que la facultad reglamentaria del ejecutivo es una potestad que debe ejercerse dentro de los parámetros dados por las normas de mayor jerarquía tal y como la Constitución y las leyes estatutarias que regulen las materias. Que los decretos del ejecutivo nunca están llamados a ampliar o restringir la ley, ni a tratar temas sobre los que penda reserva legal y mucho menos reserva estatutaria. En vista de la importancia de estos temas, se ha previsto el trámite que a cada uno debe imprimirse, ya sea el de una ley ordinaria o una ley estatutaria.

Es claro para el caso concreto, que el Decreto 2353 de 2015 no solo sobrepasa las leyes que han previsto su campo de acción reglamentaria, esto es la Ley Ordinaria 100 de 1993 y la Ley Estatutaria de la Salud 1751 de 2015, ocasionándose una extralimitación del acto administrativo demandado por cuanto restringe el acceso a la Seguridad Social en Salud y en consecuencia el goce efectivo de Derecho Fundamental de la Salud en varias de sus disposiciones, por el condicionamiento adicional que prevé mediante el uso indiscriminado de la expresión “afiliado cotizante”, específicamente dentro de sus artículos 3, 21, 32, 46, 50, 53, 66, 70, y 71. Finalmente, que no son solo estas leyes las que se ven violadas, sino los preceptos constitucionales fundamentales, por cuanto la Constitución ha previsto la Seguridad Social en todas sus variantes como un servicio

⁵⁸ Corte Constitucional, Sala Plena (15 de octubre de 2008) Sentencia C-1005 de 2008. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

público a cargo del Estado. Lo anterior se traduce, en la ilegalidad de las disposiciones del decreto que obstaculizan el acceso a prestaciones económicas en salud y en la inconstitucionalidad de las previsiones que obstaculizan el acceso a las prestaciones asistenciales en salud.

V. Petición

Con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados del Consejo de Estado declarar la nulidad de los artículos 3, 21, 32, 46, 50, 53, 66, 70, y 71 del Decreto Reglamentario 2353 de 2015, proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social. En consecuencia con lo anterior y al declararse la nulidad de las normas acusadas dentro del Decreto 2353 de 2015, solicito se indique de forma precisa que las normas concordantes con dicha disposición, no son aplicables en razón de la declaratoria de nulidad del acto acusado.

VI. Medida Cautelar: Solicitud de Suspensión Provisional

En concordancia con lo dispuesto dentro del artículo 229 y el numeral 3 del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)⁵⁹, se solicita como medida cautelar la suspensión provisional de las normas acusadas del Decreto 2353 de 2015 por la duración del proceso. A su vez y en concordancia con lo previsto en el artículo 152 del Decreto 01 DE 1984, la suspensión solicitada se fundamenta en los siguientes términos:

Es claro según los múltiples argumentos y fundamentos jurídicos de la presente, que las disposiciones atacadas van en manifiesta contravía tanto a las leyes de jerarquía superior como a la Constitución. Es posible afirmar que estos preceptos acusados obstaculizan el efectivo acceso a los servicios de salud y por tanto vulneran el Derecho Fundamental a la Salud. El perjuicio causado por el Decreto 2353 de 2015 es manifiesto en cuanto a la privación u obstrucción al acceso a prestaciones tanto económicas como asistenciales dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.

⁵⁹ Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) Artículos 229 y 230 [Parte II Título V]. Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.

Adicionalmente, tal y como lo dispone el CPACA en su artículo 231, la suspensión provisional está llamada a proceder cuando exista una violación de las disposiciones invocadas en la demanda:

*“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, **la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”⁶⁰ (subraya y negrita por fuera del texto).*

VII. Anexos y Pruebas

Se adjuntan a la presente:

- Copia de la demanda con los respectivos anexos para traslado al demandado.
- Copia del Decreto 2353 de 2015, decreto demandado.
- Copia de tesis de grado para optar al título profesional de abogado.

VIII. Notificaciones

Las notificaciones al demandante se recibirán en la siguiente dirección: Carrera 44 # 23 sur 52 – Medellín, Ant.

Respetuosamente,

JUAN CAMILO TORO RESTREPO
C.C. # 1.017.212.337 DE MEDELLÍN, ANT.

⁶⁰ Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) Artículo 231 [Parte II Título V]. Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.

VII. Referencias Bibliográficas

Ibáñez Najar, Jorge Enrique (2007). Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. Justicia y Desarrollo Sostenible. Bogotá D.C., Colombia: Legis, Universidad Sergio Arboleda.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2008). Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2009). La Elusión Constitucional. Una Política de Evasión del Control Constitucional en Colombia. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Constitución Política de Colombia 1991

Constitución Política de Colombia 1991 [Const.] (1991) recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Congreso de Colombia

Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Ley Ordinaria por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se Dictan otras Disposiciones [Ley Ordinaria 100 de 1993]. DO: 41.148.

Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015). Ley Estatutaria del Derecho Fundamental a la Salud [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427.

Ministerio de Salud y Protección Social

Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2015). Decreto 2353 de 2015. Artículo 11 [Capítulo II]. DO: 49.715.

Ministerio de Salud y de Protección Social de Colombia. Generalidades del Sistema de Riesgos Profesionales (2015). Recuperado de <http://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/Contenidos/generalidades-SGRL.aspx>.

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas. (s.f.) Sentencia T-008 de 1992. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, Sala Plena. (21 de enero de 1993) Sentencia C-013 de 1993. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de septiembre de 1994) Sentencia C-408 de 1994. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de febrero de 1995) Sentencia C-052 de 1995. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de enero de 1997) Sentencia C- 028 de 1997. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de marzo de 1997) Sentencia U-111 de 1997. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de octubre de 2002) Sentencia C- 917 de 2002. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].