

INTERVENCIÓN CIUDADANA PARA IMPUGNAR EL DECRETO 4975 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2009, QUE DECLARÓ LA EMERGENCIA SOCIAL *

Presentamos a continuación una síntesis de la intervención radicada ante la Corte Constitucional la semana anterior por el Equipo Jurídico y los presidentes de la CUT y la CTC

I. Los Principios que deben informar la declaratoria de Emergencia Social.

El principio de taxatividad establecido en el artículo 215 y en la Ley Estatutaria. Significa que sólo en presencia de las alteraciones previstas en la Constitución Política, y, con las exigencias allí señaladas, es posible para el Presidente acudir a una Declaratoria de estado de excepción.

Lo primero que debe observarse es si la alteración es **sobreviniente**, es decir, que no se trata de una situación antigua, o permanente, o endémica.

Ahora bien, en ese sentido, es pertinente advertir, que la voluntad de los constituyentes de 1991 fue la de que situaciones perturbadoras que se desarrollan en el tiempo fueran tratadas mediante las herramientas legislativas ordinarias y que sólo cuando se presentara una situación excepcional, el Presidente pudiera asumir las facultades que este estado de excepción le permite.

Un segundo principio que debe informar la Declaratoria de un Estado de Emergencia es el de la **motivación expresa**, establecida en el segundo inciso del artículo 215. Las

medidas legislativas para las que queda autorizado el Presidente una vez declarada la Emergencia Social, “deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia”... Si bien este texto hace relación a las medidas que se adopten con posterioridad, durante la vigencia del Estado de Excepción, hiere la vista del más desprevenido lector que determina el sentido de la motivación expuesta. Dicho de otra manera, la Constitución Política no le permite al Presidente una motivación de comodín, en la cual quede abierta la puerta para encuadrar cualquier tipo de medidas que no esté relacionado con hechos sobrevinientes.

En tercer término, de acuerdo al artículo 215, la Declaratoria de Emergencia Social está sometida al principio de **objetividad**. No puede el Presidente afirmar una alteración por consideraciones puramente subjetivas. Así queda claro de la lectura del penúltimo inciso del pluri referido artículo 215.

Principio de veracidad. El principio de la veracidad, estrechamente ligado al de la **taxatividad**, y al de la **objetividad**. Emerge de la obligación de motivar y se configura en el penúltimo inciso (Inc. 8) del artículo 215 de la Carta, que hace responsables al Presidente y los ministros cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido las circunstancias previstas en el inciso 1º.

II. Las motivaciones del Decreto 4975 de 23 de diciembre de 2009: inexactitudes y omisiones

La extensa motivación del Decreto que impugnamos se puede resumir así:

- Existe una situación deficitaria en los recursos del Sistema de Salud correspondiente al Sistema General de Seguridad Social;
- Existe un incremento en la demanda de medicamentos no incluidos en el POS, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado.
- Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se han destinado a fines diferentes a los mismos, según informes de los órganos de control;
- Que ya en 2007, el legislador aprobó una serie de medidas que, a juicio del Presidente, “han resultado insuficientes”;
- “Que las medidas administrativas adoptadas por el Gobierno Nacional y otras autoridades... se han revelado insuficientes...”.

En su afán de encubrir las responsabilidades que caben al Gobierno por sus omisiones, la parte motiva omite reconocer que:

- El FOSYGA mantiene congelados más de tres billones de pesos en TES, dineros que debieron aplicarse a atender las responsabilidades de ese organismo con las II PP SS y la EE PP SS;
- Que el gobierno, desde hace siete años ha destruido la red pública hospitalaria del país, cerrando numerosos hospitales, los cuales reabre posteriormente con mínimo personal de planta y un volumen significativo de contratistas, y privatizando otros;
- Que dentro de su política de privatizaciones, éste gobierno destruyó la red de clínicas y servicios de salud del Instituto de Seguros Sociales, a pesar de la expresa prohibición contenida en la ley. La crisis del Seguro Social tuvo como elemento determinante el incumplimiento de gobierno nacional en sus obligaciones pecuniarias con esa entidad;

- Que a pesar de la sentencia de la Corte Constitucional que puso límites claros a la inversión de los excedentes financieros de las EE PP SS, el gobierno no ha hecho el control suficiente;
- Las Entidades Prestadoras de Salud privadas han obtenido grandes utilidades, que no dudamos calificar de escandalosas;
- Que de tiempo atrás – años atrás- la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación han producido informes de alerta, en alguno de los cuales se llegó a calificar la situación de la salud como un estado de cosas inconstitucional;
- Que el 70% de los cobros y recobros al FOSYGA se originan en sentencias de tutela que se han limitado a reconocer a los pacientes medicamentos y tratamientos incluidos en el POS, ante el incumplimiento o negación de los responsables de la prestación de los servicios, especialmente en el régimen contributivo (Estudio de la Escuela Nacional de Salud Pública de la U. de A.).

III. Examen del Decreto 4975 de 23 de diciembre de 2009

A. El problema fiscal de los recursos de la salud, un problema estructural:

1. **Los recursos de la salud se han utilizado para cubrir el alto déficit fiscal del gobierno:** En el informe anual (2007-2008) del Consejo de Seguridad Social en Salud para las comisiones séptimas del Senado de la República y la Cámara de Representantes se registró que de un total de 5,9 billones de pesos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), a diciembre del 2009, el 75,38 por ciento del portafolio estaba representado en TES, con un incremento del 12,93 por ciento con relación al

año inmediatamente anterior. El 42,7 por ciento de los títulos tienen vencimiento entre 90 y 180 días, y el 30,8 por ciento entre 180 días y 730 días. Entre las razones expuestas por el Gobierno para decretar la Emergencia Social se señala la necesidad de disminuir aquellos cobros que deben ser asumidos por el Fosyga, es decir, proteger la caja menor de los recursos del Gobierno así sea afectando las condiciones de salud para la mayoría de la población colombiana. Esta sería otra explicación de porqué los recobros de las EPS al Fosyga se demoran sin mayor justificación. (CID, UNAL).

2. Las reformas a las transferencias a las entidades territoriales (hoy sistema general de participaciones), han disminuido notoriamente los recursos para salud y educación: Son innegables los problemas financieros de la red pública hospitalaria, pero a veces se tiende a olvidar que una gran parte de la responsabilidad recae en las dos reformas a las transferencias; la primera tomada por la Ley 715 del 2001 (acto legislativo 01 de 2000) y la otra por la reforma Constitucional del 2007. Ambas disminuyeron los recursos que debían recibir las regiones. La Ley en mención creó el Sistema General de Participaciones (SGP) y disminuyó considerablemente las transferencias a las regiones: en el 2006 significó el 1,1 por ciento del PIB equivalente a 3,4 billones de pesos y en el 2007 del 1,3 por ciento del PIB. Esta contracción representó también una reducción dramática de recursos para el sistema de protección social en sus componentes de salud, educación y agua potable.

La segunda reforma, emprendida por la actual administración, por su parte, significará la pérdida de 13,7 billones de pesos entre el 2008 y 2019 (a precios del 2006). (CID, UNAL.).

3. El manejo presupuestal de la última década ha marginado lo social: Como lo sostiene el CID¹ *“La asignación del presupuesto durante la presente década ha respondido a otras preocupaciones: cancelar el servicio de la deuda pública, presupuesto militar y burocracia, sin habersele otorgado la debida importancia a la salud. La disminución del gasto público en salud en relación con el Producto Interno Bruto (PIB) y el gasto público en salud sobre los ingresos corrientes muestran una tendencia hacia el descenso. La participación del gasto público en salud sobre los ingresos corrientes que era del 11 por ciento en 1999 y pasó a representar en el 2007 al 6 por ciento”.*

(...)

“Si esta transformación se suma la medida según la cual el incremento del salario de los trabajadores estatales es apenas del 2 por ciento, bien se podría concluir que una buena parte del ajuste fiscal lo soportan los trabajadores estatales y quienes demandan servicios de salud”.

4. Los efectos del desempleo y el subempleo, en el régimen contributivo puntal del equilibrio financiero de la Ley 100: Si el Estado hubiera generado condiciones para que la totalidad, o al menos la mayoría de la población tuviera acceso a empleo estable, dignamente remunerado, y en condiciones adecuadas, la cotización al Sistema de Seguridad Social podría cubrir de manera solvente la demanda de servicios tanto en atención médica como en procedimientos requeridos. Evidencia de ello es que los sistemas que – como el Sistema Universitario de Salud – en los cuales todos los que de él se benefician son cotizantes, presentan una clara solvencia, que les permite incluso reinvertir los excedentes en mejoras del servicio. Es el caso del Programa de Salud de la Universidad de Antioquia y de Unisalud en la Universidad Nacional de Colombia.

¹ Portafolio, 23 de febrero de 2010. Centro de Investigación para el Desarrollo. Universidad Nacional de Colombia.

En contravía de la obligación de desarrollar una política de pleno empleo, el Gobierno Nacional ha promovido, la “deslaboralización”, facilitando y tolerando figuras como la contratación civil, administrativa mercantil para desdibujar las relaciones asalariadas. De igual manera, ha dado rienda suelta a la proliferación de las llamadas “Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA)”, en las cuales se niega la condición de asalariados de los trabajadores y, después de muchas y largas luchas, apenas el gobierno ha obligado a estas entidades a cotizaciones a la seguridad social, sobre mínimos.

Una clara muestra de la política laboral a favor del capital la constituye la Ley 798 de 2003, en la cual se redujeron los derechos de los trabajadores (recargos diurnos y nocturnos, jornada laboral), con la promesa de crear 600.000. Nunca se crearon y si significó para los empresarios un ahorro de más de diez billones de pesos, que obviamente perdieron los trabajadores, (según cálculos del CID, U. Nal.)

Debe señalarse a la atención de la Corte que en el caso de los contratos civiles, mercantiles y administrativos, la cotización que se exige es la que corresponda sobre el 40% del valor del contrato, toda a cargo del trabajador, eximiendo al contratante (empleador) de pagar la cuota que legalmente le correspondería en una relación asalariada.

En conclusión: El alto desempleo, 12% de trabajadores(as) que no pueden aportar. El 58% de trabajadores deslaboralizados (cooperativas de trabajo asociado, cuenta propia) que tampoco aportan o lo hacen parcialmente 40%, constituyen un enorme hueco a las finanzas del SSS.

- B. Son numerosos los casos en que las Empresas Prestadoras sólo autorizan un tratamiento previa sentencia de tutela, a sabiendas de que se trata de tratamientos previstos en el POS. Falta también a la veracidad la motivación del Decreto 4975, al ignorar los estudios que demuestran que el 70% de los cobros y recobros obedecen a medicamentos o tratamientos incluidos en el POS, que los prestadores se han negado a suministrar oportunamente y ha sido necesario acudir a la acción de tutela por los pacientes afectados.
- C. Viola así mismo el principio de la veracidad en la parte motiva -de paso el de la objetividad- cuando calla sobre los resultados desastrosos de las liquidaciones y cierres de hospitales. Como se señaló en otro lugar de este escrito, el Gobierno, en los últimos siete años, ha desmantelado la red pública hospitalaria. Para el efecto, en primer lugar asfixió económicamente los diversos hospitales y luego, dispuso su cierre. Es cierto que muchos de los hospitales fueron abiertos 24 o 48 horas después, con nuevo nombre y apenas con una planta de personal del 5 al 10% de la que atendía la entidad cerrada. Se obligó así a los hospitales a tercerizar los servicios de salud, y a contratar personal de salud sin vínculo laboral. Con estas modalidades de contratación, se afectó gravemente el sentido de pertenencia de los trabajadores de la salud, así como también la calidad en la prestación del servicio.
- D. Predominio de los criterios económicos: El Sistema General de Seguridad Social en salud se ha diseñado y funciona otorgando un predominio a criterios económicos, lo cual se expresa en el establecimiento de de incentivos perversos, en una auditoría fundamentalmente financiera, en detrimento del auditaje de calidad y en la prevalencia de los procesos administrativos sobre los procesos clínicos.

Este predominio de los criterios económicos, conduce a tensiones como el conflicto entre el derecho como tal y el ánimo de lucro de los responsables de la prestación del servicio, entre la ética profesional propia del personal de salud y la “misión empresarial” y finalmente, lleva a dar más peso al criterio económico que a la necesidad de los pacientes.

E. La falacia de la reglamentación. Por principio normativo, el reglamento no puede ir más allá de la norma reglamentada o contrariar su contenido, en ese sentido las normas que so pretexto de la reglamentación han contrariado los decretos son ilegales y por tanto, un engaño al país.

F. Afectación mediata de estas medidas en el sector público y en el magisterio.

1. El incremento salarial del 2% para el sector público dentro del que se incluye al magisterio, como se sostuvo antes, es parte de la política fiscal que tendrán que soportar los trabajadores del Estado.

2. La disminución de los recursos para entidades territoriales (reformas del 2001 y 2007) afectan los servicios como salud y educación, y estrecharan el marco para el pago de salarios, prestaciones sociales, ascensos, etc.

3. La reducción de los servicios y del POS: ha constituido una tendencia del Gobierno a que los regímenes laborales y de seguridad social tiendan a disminuirse y a igualarse por lo bajo, a mediano plazo se reducirá más el ineficiente servicio de salud para el magisterio, como consecuencia de esta medida.

IV. CONCLUSION

Dado que el decreto no cumple con los presupuestos constitucionales y jurisprudenciales que permiten al ejecutivo declarar la emergencia social, le hemos solicitado a la Corte Constitucional que declare inexecutable el Decreto 4975 de 2009, de emergencia social.

*** JORGE HUMBERTO VALERO RODRIGUEZ**
Coordinador Equipo Juridico CUT-CTC
Asesor Jurídico de la FECODE