

CONTROL AUTOMATICO DE LEGALIDAD - Competencia del Consejo de Estado / CONTROL AUTOMATICO DE LEGALIDAD - Actos objeto de control

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de junio 2 de 1994 “[P]or la cual se regulan los estados de excepción en Colombia”, corresponde al Consejo de Estado realizar el control inmediato de legalidad sobre las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos proferidos durante los estados de excepción.

FUENTE FORMAL: LEY 137 DE 1994 - ARTICULO 20

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 227 DE 2010 (29 de enero) MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO (No anulada)

ESTADO DE EXCEPCION - Características del control de legalidad sobre actos administrativos expedidos en desarrollo de decretos legislativos durante su vigencia / DECRETOS LEGISLATIVOS DE ESTADOS DE EXCEPCION - Características del control de legalidad sobre los actos administrativos que los desarrollan / CONTROL AUTOMATICO DE LEGALIDAD - Características del que se ejerce sobre actos administrativos que desarrollan decretos legislativos de estados de excepción

De la escasa regulación que existe sobre el tema, la Sala entiende que son atribuibles a este proceso judicial las siguientes características: En primer lugar, se trata de un proceso judicial, por lo tanto, la naturaleza del acto que lo resuelve es una sentencia, porque la competencia atribuida a la jurisdicción es la de decidir sobre la legalidad del mismo, lo cual corresponde hacer a través de aquella. En segundo lugar, el control es automático, o como lo dice el art. 20 de la ley 137: “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Ahora, esta clase de control tiene las siguientes características: i) No impide la ejecución de la norma, pues hasta tanto se anule permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos. ii) No es requisito que se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad. En tal sentido, la condición para que pueda controlarse es que se haya expedido, no que esté produciendo efectos. iii) También es automático o inmediato porque no se requiere de una demanda de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien la expide, y sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva, ya que quien ordena hacer el control es la ley misma, no una demanda formal. No sobra decir que se trata de una competencia muy particular, en comparación con el común de las acciones contenciosas, como quiera que el tradicional principio de la “jurisdicción rogada” - que se le ha atribuido a esta jurisdicción-, sufre en este proceso una adecuada atenuación en su rigor, ya que en esta ocasión no se necesita de una acción, ni de criterios o argumentos que sustenten la legalidad o ilegalidad. Por el contrario, basta con que la ley haya asignado a esta jurisdicción la competencia para controlar el acto, para que proceda a hacerlo. En otras palabras, en este evento la jurisdicción conoce de manera oficiosa del asunto. Desde luego que esta característica implica, adicionalmente, una carga especial para la justicia, pues es ella quien, con su conocimiento técnico, debe construir los supuestos de derecho que sirven para realizar el análisis. En otras palabras, la carga de las razones o fundamentos de derecho con los cuales se analiza el acto son del resorte de la

jurisdicción, como una especie de garantía máxima de la legalidad y la constitucionalidad de las actuaciones del Gobierno, en un estado tan extraordinario, como son los de excepción. En tercer lugar, el control es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el art. 215 CP., pese a que la norma no lo señala en forma expresa, pero necesariamente debe ser así, pues si no opera por vía de acción –toda vez que es oficioso- resulta lógico que el juez asuma el control completo de la norma. [...]"

NOTA DE RELATORIA: Sobre las características del control inmediato de legalidad respecto de actos administrativos que desarrollan decretos legislativos de estados de excepción, se reitera sentencia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 19 de junio de 2009, Radicación núm. 2009 00305, C.P. Enrique Gil Botero.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 215 / LEY 137 DE 1994 - ARTICULO 20

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 227 DE 2010 (29 de enero) MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO (No anulada)

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA Y SOCIAL - Inexequibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009 / INEXEQUIBILIDAD POR CONSECUENCIA - De decretos que desarrollan Decreto Legislativo 4975 de 2009. Efectos de esa declaratoria / INEXEQUIBILIDAD DIFERIDA - Declaratoria respecto de decretos legislativos que establecen fuentes tributarias de financiación para garantizar derecho a la salud / INEXEQUIBILIDAD DIFERIDA - Fundamento constitucional

La constitucionalidad del mencionado Decreto [Decreto Legislativo 4975 de 2009 (23 de diciembre), mediante el cual declaró el Estado de Emergencia Económica y Social en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de dicho Decreto] fue controlada de manera automática por la Corte Constitucional, Corporación que lo declaró inexequible a través de la sentencia C-252/10 (M.P. Jorge Iván Palacio). Consta en el Comunicado de Prensa No. 20 de 21 de abril de 2010, publicado en la página web de la Corte Constitucional que la sentencia diferió (sic) sus efectos hasta el 16 de diciembre de 2010 respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establecen fuentes tributarias de financiación, orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud. Se lee: "Sentencia C-252/10 "Efectos diferidos de los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias. La excepcional gravedad de la situación financiera del sistema de seguridad social en salud, que según lo explicado en el referido Decreto 4975 de 2009, pone en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute del derecho fundamental a la salud, por parte de la mayoría de la población, condujo a la Corte Constitucional, a establecer un efecto diferido respecto de algunos de los decretos legislativos. A partir de esta simple consideración, y recogiendo planteamientos expresados años atrás por el entonces Magistrado de esta corporación, doctor Ciro Angarita Barón a propósito de la figura de la inexequibilidad diferida, este expresó que: "Plenamente consciente de que el juez del estado social de derecho no es instrumento mecánico al servicios de un ciego racionalismo, sino un conciliador del derecho positivo con los dictados de la equidad propios de una situación concreta y debe, por tanto, evitar las consecuencias injustas de la aplicación del derecho vigente". Con base entre otras, en dicha consideración, la Corte resolvió, que ella misma señalaría, al pronunciarse sobre la inexequibilidad por consecuencia de cada uno de los distintos decretos expedidos dentro del marco de este estado de excepción, la fecha desde la cual surtirían efecto tales decisiones."

NOTA DE RELATORIA: Sobre la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009, Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEGISLATIVO 4975 DE 2009

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 227 DE 2010 (29 de enero) MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO (No anulada)

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA Y SOCIAL - Inexequibilidad diferida del Decreto Legislativo 127 de 2010 / INEXEQUIBILIDAD DIRERIDA - Declaratoria respecto del Decreto Legislativo 127 de 2010. Justificación constitucional / INEXEQUIBILIDAD POR CONSECUENCIA - Del Decreto Legislativo 127 de 2010 / DECRETO LEGISLATIVO 127 DE 2010 - Su inexequibilidad fue diferida / DECRETO LEGISLATIVO 127 DE 2010 - Destinación de recursos recaudados en aplicación de esta norma / RED HOSPITALARIA PUBLICA - Financiación con recursos recaudados en aplicación del Decreto Legislativo 127 de 2010 / REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD - Financiación con recursos recaudados en aplicación del Decreto Legislativo 127 de 2010

Como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia antes traída a colación, el Gobierno Nacional profirió, entre otros, el decreto legislativo 127 de 2010, suscrito por el Presidente de la República y por todos los Ministros (...). La constitucionalidad del mencionado Decreto fue controlada de manera automática por la Corte Constitucional, que lo declaró inexequible mediante la sentencia C-253 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Al igual que la anterior, esta sentencia diferió (sic) los efectos de la declaración de inexequibilidad a partir del 16 de diciembre de 2010 y dispuso que los recursos recaudados en la aplicación del Decreto 127 de 2010, deberán ser dirigidos en su totalidad a la red hospitalaria pública y a garantizar el derecho a acceder a los servicios de salud de aquellas personas que se encuentran en el régimen subsidiado o tan solo vinculadas al sistema de salud. Consta en el Comunicado de Prensa del 21 de abril de 2010, publicado en la página web que la decisión adoptada, tuvo por fundamentos, los siguientes: "Mediante sentencia C-252 proferida el 16 de abril de 2010, la Corte Constitucional declaró inexequible el Decreto 4975 de 2009 por el cual el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social, por un período de treinta (30) días. Al haber desaparecido del ordenamiento jurídico el fundamento normativo que sirvió de sustento a la expedición del Decreto Legislativo 127 del 21 de enero de 2010, éste necesariamente deviene inconstitucional. En efecto, el decreto declaratorio del estado de emergencia social es el instrumento jurídico a través del cual el Presidente de la República se reviste de facultades de excepción, incluidas las de expedir decretos con fuerza de ley. Por ello, es claro que una vez excluida del orden jurídico, mediante sentencia de inexequibilidad, la norma de autohabilitación, los decretos legislativos dictados a su amparo corren igual suerte. (...) Al examinar el contenido del Decreto 127 de 2010, la Corte Constitucional destacó que esta norma introdujo modificaciones, necesariamente transitorias, a algunas disposiciones de carácter tributario, incrementando las tarifas del impuesto al consumo de varios productos y servicios (como la cerveza, los productos derivados del tabaco, los juegos de suerte y azar y algunos vinos y licores) cuyo recaudo está total o parcialmente destinado a la financiación de los servicios de salud. Recordando entonces la situación ampliamente analizada en la sentencia C-252/10 tantas veces citada, observó la Corte que la inexequibilidad de este Decreto, en caso de tener efecto inmediato, tendría un importante y significativo impacto sobre el funcionamiento del Sistema

de Seguridad Social en Salud, que pondría en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute de este derecho fundamental para un importante número de personas, presumiblemente las más pobres y vulnerables y varios de los sujetos merecedores de especial protección constitucional, situación contraria a varios importantes mandatos superiores, que esta corporación está en la obligación de evitar y prevenir. Así las cosas, y en desarrollo de la facultad antes explicada, la Corte estimó necesario diferir los efectos de la inconstitucionalidad de esta norma por un lapso breve pero razonable, dentro del cual el órgano legislativo pueda, dentro del marco de sus competencias, considerar el tema de que trata este Decreto y adoptar, a la mayor brevedad posible, las medidas que estime necesarias para proveer al Sistema de Seguridad Social en Salud de fuentes de financiación adecuadas, estables y suficientes, frente a lo que resulta de los actuales requerimientos de la población colombiana en relación con el constitucionalmente garantizado disfrute del derecho fundamental a la salud. Con este propósito, la Corte dispuso que los efectos de la inexequibilidad declarada por la presente sentencia se produzcan a partir del 16 de diciembre de 2010, fecha en que terminará el primer período de sesiones ordinarias del Congreso de la República recientemente elegido. A su vez, precisó que los recursos que se recauden en virtud de este Decreto deberán estar destinados a cubrir los costos del suministro de medicamentos y servicios no comprendidos en el Plan Obligatorio de Salud, para la población inscrita en el Régimen Subsidiado de Salud y para la red hospitalaria pública.“

NOTA DE RELATORIA: Sobre la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Legislativo 127 de 2010, Corte Constitucional, sentencia C-253 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Sobre la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009, Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEGISLATIVO 4975 DE 2009 / DECRETO LEGISLATIVO 127 DE 2010

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 227 DE 2010 (29 de enero) MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO (No anulada)

IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO ELABORADO - Hecho generador / IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO ELABORADO - Sujetos pasivos / IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO ELABORADO - Causación / IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO ELABORADO - Base gravable / IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO ELABORADO - Tarifas / IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO ELABORADO - Participación del Distrito Capital / IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO ELABORADO - Periodo gravable declaración y pago de los impuestos

El capítulo X de la Ley 223 de 1995, regula lo atinente a este impuesto [al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado], en los términos siguientes: - Hecho generador. Está constituido por el consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, en la jurisdicción de los departamentos. (Artículo 207); - Sujetos pasivos. Son sujetos pasivos o responsables del impuesto los productores, los importadores y, solidariamente con ellos, los distribuidores. Además, son responsables directos los transportadores y expendedores al detal, cuando no puedan justificar debidamente la procedencia de los productos que transportan o expenden. (Artículo 208); - Causación. En el caso de productos nacionales, el impuesto se causa en el momento en que el productor los entrega en fábrica o en planta para su

distribución, venta o permuta en el país, o para publicidad, promoción, donación, comisión o los destina a autoconsumo. En el caso de productos extranjeros, el impuesto se causa en el momento en que los mismos se introducen al país, salvo, cuando se trate de productos en tránsito hacia otro país. (Artículo 209); - Base gravable. La base gravable de este impuesto está constituida por el precio de venta al detallista, en la siguiente forma: a) Para los productos nacionales, el precio de venta al detallista se define como el precio facturado a los expendedores en la capital del departamento donde está situada la fábrica, excluido el impuesto al consumo, y b) Para los productos extranjeros, el precio de venta al detallista se determina como el valor en aduana de la mercancía, incluyendo los gravámenes arancelarios, adicionado con un margen de comercialización equivalente al 30%. (Artículo 210). En ningún caso el impuesto pagado por los productos extranjeros será inferior al promedio del impuesto que se cause por el consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, de igual o similar clase, según el caso, producidos en Colombia. (Parágrafo); - Tarifa. La tarifa del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado es del 55%. (Artículo 211). Los cigarrillos y tabaco elaborado, nacionales y extranjeros, están excluidos del impuesto sobre las ventas. El impuesto con destino al deporte creado por la Ley 30 de 1971 continuará con una tarifa del 5% hasta el primero de enero de 1998, fecha a partir de la cual entrará en plena vigencia lo establecido por la Ley 181 de 1995 al respecto, con una tarifa del diez por ciento (10%). A partir del primero de enero de 1996 el recaudo del impuesto de que trata este parágrafo será entregado a los departamentos y el Distrito Capital con destino a cumplir la finalidad del mismo; - Participación del distrito capital. De conformidad con el artículo 324 de la Constitución Política y con el artículo 30., del Decreto 3258 de 1968, el Distrito Capital de Santa fe de Bogotá tendrá una participación del veinte por ciento (20%) del recaudo del impuesto correspondiente al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado de producción nacional que se genere en el Departamento de Cundinamarca, incluyendo el Distrito Capital. El Distrito Capital de Santa fe de Bogotá es titular del impuesto que se genere, por concepto del consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, de procedencia extranjera, en el ámbito de jurisdicción, de conformidad con el artículo 10., de la Ley 19 de 1970. (Artículo 212); - Periodo gravable, declaración y pago de los impuestos. El período gravable de estos impuestos será quincenal. Los productos cumplirán quincenalmente con la obligación de declarar ante las correspondientes Secretarías de Hacienda Departamentales o del Distrito Capital, según el caso, o en las entidades financieras autorizadas para tal fin, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de cada período gravable. La declaración deberá contener la liquidación privada del gravamen correspondiente a los despachos, entregas o retiros efectuados en la quincena anterior. Los productos pagarán el impuesto correspondiente en las Tesorerías Departamentales o del Distrito Capital, o en las instituciones financieras autorizadas, simultáneamente con la presentación de la declaración. Sin perjuicio de lo anterior los departamentos y el Distrito Capital podrán fijar en cabeza de los distribuidores la obligación de declarar y pagar directamente el impuesto correspondiente, ante los organismos y dentro los términos establecidos en el presente inciso. Los importadores declararán y pagarán el impuesto al consumo en el momento de la importación, conjuntamente con los impuestos y derechos nacionales que se causen en la misma. El pago del impuesto al consumo se efectuará a órdenes del Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros. Sin perjuicio de lo anterior, los importadores o distribuidores de productos extranjeros, según el caso, tendrán la obligación de declarar ante las Secretarías de Hacienda por los productos introducidos al departamento respectivo o Distrito Capital, en el momento de la introducción a la entidad territorial, indicando la base gravable según el tipo de producto. En igual forma se procederá frente a las mercancías introducidas a zonas de régimen aduanero

especial. Las declaraciones mencionadas se presentarán en los formularios que para el efecto diseñe la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Artículo 213).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 324 / LEY 223 DE 1995 - ARTICULO 207 / LEY 223 DE 1995 - ARTICULO 208 / LEY 223 DE 1995 - ARTICULO 209 / LEY 223 DE 1995 - ARTICULO 210 / LEY 223 DE 1995 - ARTICULO 211 / LEY 223 DE 1995 - ARTICULO 212 / LEY 223 DE 1995 - ARTICULO 213 / LEY 181 DE 1995 / LEY 30 DE 1971 / LEY 19 DE 1970 - ARTICULO 1 / DECRETO 3258 DE 1968 - ARTICULO 1

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 227 DE 2010 (29 de enero) MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO (No anulada)

EMERGENCIA ECONOMICA Y SOCIAL - Fundamento de la declarada en Decreto Legislativo 4579 de 2009 / DERECHO A LA SALUD - Generación de recursos para su protección en virtud de declaratoria de emergencia económica y social / **EMERGENCIA ECONOMICA Y SOCIAL** - Legalidad de Resolución 227 DE 2010 que adopta modificaciones a los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado / **IMPUUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO ELABORADO** - Ajuste de formularios de declaración del impuesto a tarifas para los años 2010 y 2011

Según quedó expuesto, la Resolución sub examine fue dictada en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto Legislativo 127 de 2010, expedido en desarrollo de la declaración del Estado de Emergencia Económica y Social. Se fundamenta en la necesidad de ajustar los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco para acompañarlos al incremento en la tarifa del impuesto para los años 2010 y 2011 dispuesta por el artículo 5º del Decreto 127 de 2010. Este acto encuentra sustento jurídico en los artículos 5º y 7º del Decreto 127 de 2010. Ciertamente, el contenido normativo de la Resolución materia de control constituye cabal desarrollo de la función asignada por el artículo 7º del Decreto 127 de 2010 a la Dirección de Apoyo Fiscal pues, introduce ajustes a los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco para hacer operativo el pago del incremento de la tarifa de este impuesto que el artículo 5º ídem dispuso, con miras a generar los recursos requeridos para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, atendiendo a que la declaración de la emergencia económica y social tuvo por fundamento, entre otras consideraciones, la necesidad de generar un mayor recaudo de recursos, ante la insuficiencia de los ingresos del Sistema para atender la demanda de servicios y medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud. En tal virtud, sus fines se acompañan con los establecidos en los multicitados artículos 5º y 7º del Decreto 127 de 2010. Concluye la Sala que la Resolución cuya revisión se adelanta, se aviene al ordenamiento jurídico y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia no sin antes aclarar que dejará de producir efectos a partir del 17 de diciembre de 2010 de conformidad con lo dispuesto en las sentencias C-252 y C-253, ambas de 2010, de la Corte Constitucional.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Legislativo 127 de 2010, Corte Constitucional, sentencia C-253 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Sobre la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009, Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.

FUENTE FORMAL: DECRETO 127 DE 2010 - ARTICULO 5 / DECRETO 127 DE 2010 - ARTICULO 7

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 227 DE 2010 (29 de enero) MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO (No anulada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá D.C., primero (1) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 11001-03-15-000-2010-00352-00(CA)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

La Sala procede a ejercer el control inmediato de legalidad previsto en el artículo 20¹ de la Ley 137 de 1994 respecto de la Resolución 227 de 2010 (enero 29) mediante la cual «*se adoptan unas modificaciones a los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado de que trata la Ley 223 de 1995*», expedida por la Directora General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en virtud de lo ordenado por el artículo 7º del Decreto 127 de 2010.

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio recibido por la Presidencia de esta Corporación el 15 de marzo de 2010, el Subdirector de Fortalecimiento Institucional Territorial de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitió la Resolución 227 de 2010 (enero 29) mediante la cual «*se adoptan unas modificaciones a los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco*

¹ ARTICULO 20. CONTROL DE LEGALIDAD. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se trate de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.»

elaborado de que trata la Ley 223 de 1995», dentro del término fijado en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, para los efectos del control automático de legalidad que le compete ejercer a esta Corporación conforme al citado precepto.

2. LA RESOLUCION OBJETO DE CONTROL

Su texto es el siguiente, conforme a su publicación en el Diario Oficial.²

“Ministerio de Hacienda y Crédito Público
RESOLUCION NUMERO 227 DE 2010
(Enero 29)

Por la cual se adoptan unas modificaciones a los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado de que trata la Ley 223 de 1995.

La Directora General de Apoyo Fiscal, en uso de sus facultades legales, en especial la que le confiere el artículo 213 de la Ley 223 de 1995, y el artículo 7º del Decreto 127 de 2010,

CONSIDERANDO:

Que mediante Decreto 4975 de 2009, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, declaró la Emergencia Social en todo el país, y expidió el Decreto 127 de 2010;

Que el artículo 5º del Decreto 127 de 2010, modificó el artículo 211 de la Ley 223 de 1995, modificado por el artículo 76 de la Ley 1111 de 2006, que establece las tarifas aplicables al impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado;

Que el artículo 7º del Decreto 127 de 2010, ordena a la Dirección General de Apoyo Fiscal efectuar las modificaciones a los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado que se requieran para la correcta aplicación de lo establecido en el citado decreto,

RESUELVE:

Artículo 1º. Establecer como diseño oficial, durante la vigencia del Decreto 127 de 2010, de los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado ante los departamentos y el Distrito Capital, los siguientes anexos a la presente resolución:

1. **FORMULARIO MHCP D.A.F. CIG 1 E.S** Para las declaraciones de impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado de producción nacional ante los departamentos.
2. **FORMULARIO MHCP D.A.F. CIG. 3 E-S** Para las declaraciones de impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado de producción extranjera ante los departamentos o el Distrito Capital.

² Este texto fue tomado directamente de la versión PDF del Diario Oficial 47.612 del miércoles 3 de febrero del 2010 de la Imprenta Nacional (www.imprenta.gov.co)

Artículo 2°. Establecer como diseño oficial, durante la vigencia del Decreto 127 de 2010, del formulario de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado ante el Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, el siguiente anexo a la presente resolución:

1. FORMULARIO MHCP D.A.F. CIG. 2 E-S Para las declaraciones de impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado de producción extranjera ante el Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros.

Artículo 3°. El diseño de los formularios oficiales, así como sus correspondientes instructivos, anexos a la presente resolución, se aplicarán a las declaraciones del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado que se cause a partir del primero (1°) de febrero del año 2010.

Artículo 4°. La distribución a los responsables del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco, elaborado de los formularios anexos a la presente resolución, estará a cargo de los departamentos, el Distrito Capital y el Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros, para lo cual podrán reproducirlos por cualquier medio conservando sus características.

Artículo 5°. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese, comuníquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 29 de enero de 2010.

La Directora Dirección General de Apoyo Fiscal,
Ana Lucía Villa Arcila.”

3. LA ACTUACION SURTIDA

La suscrita Consejera Sustanciadora avocó el conocimiento en el presente proceso, solicitó al Ministerio de Hacienda enviar los antecedentes administrativos de la Resolución objeto del control de legalidad, ordenó fijarla en lista por el término de cinco (5) días para asegurar la intervención ciudadana; correr traslado al señor Procurador General de la Nación para que dentro del término de diez (10) días rindiera el concepto de rigor, y comunicar la iniciación del mismo al Ministro de esa cartera.

Cumplidos los requisitos y trámites previstos en la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, cuyos artículos 37 y 38 aplicó por analogía, procede la Corporación a resolver sobre su legalidad.

4. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Quinto Delegado ante esta Corporación conceptúa que la Resolución 227 de 29 de enero de 2010, se encuentra ajustada a la normativa constitucional y legal vigente, e hizo la salvedad de que, en todo caso, deba sujetarse al resultado del control de la Corte Constitucional sobre el Decreto que declaró la emergencia social.

Considera que de confrontar la Resolución 227 de 29 de enero de 2010, expedida por la Directora de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con los requerimientos señalados en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, mencionados, surge de manifiesto que es un acto administrativo objeto del control inmediato de legalidad por las siguientes razones:

Una de las normas que sirvió de sustento jurídico para la expedición de la Resolución objeto del control, es el Decreto 127 de 2010, artículo 10, el cual fue expedido en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4975 de diciembre 23 de 2009, mediante el cual se *"declaró el estado de Emergencia Social en todo el país, con el propósito de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud la cual amenaza de manera inminente, entre otros aspectos, la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, así como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud"*.

El mencionado Decreto 127 de 2010, además de realizar modificaciones en materia tributaria, en especial las relativas al *"impuesto sobre las ventas aplicable a la cerveza y sobre los juegos de suerte y azar, incrementando las alícuotas actuales hasta la tarifa general del impuesto, así como las tarifas de los impuestos al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y de cigarrillos y tabaco elaborado, destinando, por lo menos, los mayores ingresos generados a la salud"*, en el artículo 7, estableció a cargo de la Dirección General de Apoyo Fiscal la función de *"efectuar las modificaciones a los formularios de declaración del impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y/o participación, y del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, que se requerían para la correcta aplicación de lo establecido en el (mismo) decreto"*.

La Dirección de Apoyo Fiscal, a fin de cumplir la función asignada, el 29 de enero de 2010, expidió la Resolución 227, por la cual se modifican los formularios para la

declaración del impuesto al consumo del cigarrillo y tabaco elaborado, ajustando los ítems a los parámetros fijados por el Decreto 127 de 2010, a fin de que los declarantes los apliquen en sus declaraciones de impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado a partir del 1 de febrero del año 2010.

Como se puede observar, la Resolución 227 de 2010, efectivamente desarrolla en forma directa y específica el Decreto 127 de 2010, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por la emergencia social declarada en todo el País mediante Decreto 3975 de diciembre 23 de 2009.

Las disposiciones contenidas en la Resolución 227 de 29 de enero de 2010, están dirigidas a los declarantes del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, obligados a acoger los nuevos formularios y las instrucciones que allí se indican para cumplir con la obligación tributaria impuesta. Se trata, pues, de una norma de contenido general.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público es un organismo estatal que hace parte de la Rama Ejecutiva y tiene como objetivo *"Definir, formular y ejecutar la política económica del país, los planes generales, programas y proyectos relacionados con esta, así como la preparación de las leyes, y decretos y la regulación, en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, de tesorería, cooperativa, financiera, cambiarla, monetaria y crediticia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Junta Directiva de Banco de la República y las que ejerza a través de organismos adscritos o vinculados para el ejercicio de las actividades que correspondan a la intervención del estado en las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de ahorro público y el tesoro nacional de conformidad con la Constitución Política y la Ley".*

Para cumplir dicho objetivo la Ley 223 de 1995, entre otras, le asignó a dicho Ministerio, en especial a la Dirección General de Apoyo Fiscal, la función de diseñar los formularios para que los contribuyentes del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado declaren y paguen el tributo correspondiente.

Así mismo, como ya se mencionó, el Decreto 127 de enero 21 de 2010, estableció a cargo de la Dirección mencionada la función de realizar las modificaciones a los

formularios ya existentes a fin de adoptar las tarifas por él establecidas para el impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, lo cual se hace en ejercicio de las funciones administrativas ya asignadas por la Ley a la Dirección General de Apoyo Fiscal.

En ejercicio de las normas antes mencionadas la Dirección General de Apoyo Fiscal, expidió la Resolución 227 de 29 de enero de 2010, en especial, para que los contribuyentes cumplan las normas contenidas en el Decreto 127 de enero 21 de 2010, que como se dijo, es uno de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en el marco del estado de excepción de la emergencia social, y en consecuencia, concluye que la Resolución en mención permite la ejecución de dicho Decreto en forma directa.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de junio 2 de 1994 “[P]or la cual se regulan los estados de excepción en Colombia”, corresponde al Consejo de Estado realizar el control inmediato de legalidad sobre las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos proferidos durante los estados de excepción.

2. Características del control de legalidad especial que se ejerce sobre los actos administrativos generales proferidos al amparo de los decretos legislativos que desarrollan los estados de excepción.

En sentencia³ de 16 de junio de 2009 (C.P. Enrique Gil Botero) la Sala Plena consignó un minucioso y detallado análisis acerca de esta temática. Por su pertinencia para el caso presente, resulta relevante prohijarlo. En dicha ocasión, consignó las consideraciones siguientes:

“La Sala también quiere resaltar, a manera de pedagogía, atendiendo a lo particular que es este procedimiento, las características principales que tiene, toda vez que no se trata de aquellos que se encuentran regulados en el Código Contencioso Administrativo, sino en una ley especial, de naturaleza estatutaria: la que se ocupa de los estados de excepción.

³ Radicación numero: 11001-03-15-000-2009-00305-00(CA)

De la escasa regulación que existe sobre el tema, la Sala entiende que son atribuibles a este proceso judicial las siguientes características:

En *primer lugar*, se trata de un proceso judicial, por lo tanto, la naturaleza del acto que lo resuelve es una sentencia, porque la competencia atribuida a la jurisdicción es la de decidir sobre la legalidad del mismo, lo cual corresponde hacer a través de aquella.

En *segundo lugar*, el control es automático, o como lo dice el art. 20 de la ley 137: “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Ahora, esta clase de control tiene las siguientes características:

- i) No impide la ejecución de la norma, pues hasta tanto se anule permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos.
- ii) No es requisito que se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad. En tal sentido, la condición para que pueda controlarse es que se haya expedido, no que esté produciendo efectos.
- iii) También es automático o inmediato porque no se requiere de una demanda de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien la expide, y sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva, ya que quien ordena hacer el control es la ley misma, no una demanda formal.

No sobra decir que se trata de una competencia muy particular, en comparación con el común de las acciones contenciosas, como quiera que el tradicional principio de la “jurisdicción rogada” -que se le ha atribuido a esta jurisdicción-, sufre en este proceso una adecuada atenuación en su rigor, ya que en esta ocasión no se necesita de una acción, ni de criterios o argumentos que sustenten la legalidad o ilegalidad. Por el contrario, basta con que la ley haya asignado a esta jurisdicción la competencia para controlar el acto, para que proceda a hacerlo. En otras palabras, en este evento la jurisdicción conoce de manera oficiosa del asunto.

Desde luego que esta característica implica, adicionalmente, una carga especial para la justicia, pues es ella quien, con su conocimiento técnico, debe construir los supuestos de derecho que sirven para realizar el análisis. En otras palabras, la carga de las razones o fundamentos de derecho con los cuales se analiza el acto son del resorte de la jurisdicción,

como una especie de garantía máxima de la legalidad y la constitucionalidad de las actuaciones del Gobierno, en un estado tan extraordinario, como son los de excepción.

En *tercer lugar*, el control es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el art. 215 CP., pese a que la norma no lo señala en forma expresa, pero necesariamente debe ser así, pues si no opera por vía de acción –toda vez que es oficioso- resulta lógico que el juez asuma el control completo de la norma.

[...]"

3. El contexto en que se expidió la Resolución materia de control

Como se recordará, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 4975 de 2009 (23 de diciembre), mediante el cual declaró el Estado de Emergencia Económica y Social en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de dicho Decreto, aduciendo:

- "1) Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política, el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de emergencia por términos hasta de treinta días, que sumados no pueden exceder de noventa días en el año calendario;
- (2) Que los artículos 48 y 49 de la Constitución Política consagran los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud;
- (3) Que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la salud es un derecho fundamental autónomo, que requiere por parte del Estado la garantía de su goce efectivo para todos los habitantes del territorio nacional y que es susceptible de limitaciones, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, dentro del marco de la dignidad humana, el reconocimiento de las realidades socioeconómicas de las personas y la capacidad financiera del Estado;
- (4) Que para garantizar la prestación del servicio de salud, el Legislador creó, entre otros, el Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante la Ley 100 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 1122 de 2007, el cual se compone de dos regímenes, Contributivo y Subsidiado, mediante los cuales se accede a los beneficios contenidos en los respectivos Planes Obligatorios de Salud que deben ser definidos por la Comisión de Regulación en Salud, CRES;
- (5) Que el Sistema debe suministrar, por fuera del aseguramiento obligatorio, medicamentos y servicios no incluidos en los Planes de beneficios, lo cual actualmente es financiado a través del mecanismo de

recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud, en el Régimen Contributivo ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, y en el Régimen Subsidiado ante las Entidades Territoriales, sin que el Estado cuente con los mecanismos para identificar adecuadamente situaciones de abuso en la demanda de estos servicios;

(6) Que los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud no estaban previstos en la Ley 100 de 1993 ni fueron incorporados en los cálculos económicos realizados para la aprobación de la misma, sin embargo, la prestación de estos medicamentos y servicios se ha venido generalizando, de manera sobreviniente e inusitada lo cual pone en riesgo el equilibrio del Sistema;

(7) Que el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud comprometen de manera significativa los recursos destinados al aseguramiento generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por ende, amenaza su viabilidad, poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida;

(8) Que en efecto, tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado se ha observado que algunos reguladores y agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud incentivan la demanda o la oferta de servicios de salud por fuera de los incluidos en los planes de beneficios, sin consideración a criterios de efectividad, sostenibilidad, costo eficiencia, racionalidad en el uso de los servicios y recursos, como tampoco a la propia capacidad socioeconómica de los pacientes, con el consecuente aumento acelerado en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud y el incremento ostensible de los costos del sistema;

(9) Que como prueba de ello se tiene que, en el Régimen Contributivo, el número de recobros presentados al FOSYGA por eventos NO POS se incrementó de un número de 835.000 en 2007 que implicaron un valor pagado de \$626 mil millones a precios de 2007 a un número de recobros presentados del orden de 2.000.000 por un valor pagado de \$1.85 billones con corte a 2009. El crecimiento que reflejan estas cifras alcanza un 239% en el caso del número de recobros radicados mientras que el valor presenta un crecimiento del 280%;

(10) Que la situación antes descrita atenta contra la equidad que debe caracterizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En efecto, en lo corrido del año 2009, 376.000 personas afiliadas al Régimen Contributivo, han obtenido beneficios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, por un valor aproximado con cargo al FOSYGA de \$1.8 billones, mientras que el aseguramiento para los cerca de 18 millones de afiliados en este régimen se proyecta que ascienda para el año 2009 a un monto del orden de los 10 billones de pesos;

(11) Que además, recientemente, de acuerdo con la información aportada por Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo, Afidro, se ha logrado evidenciar por una

parte, que para algunos medicamentos el valor del recobro al FOSYGA excede notablemente el precio de venta del laboratorio y, por otra parte, que en algunos casos, el número de medicamentos recobrados es superior al número de unidades oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios;

(12) Que en el Régimen Subsidiado también se evidencia el incremento en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, tal y como lo han reportado los departamentos al Gobierno Nacional, al señalar un incremento significativo del valor estimado del déficit por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud;

(13) Que los Departamentos y el Distrito Capital han informado al Gobierno Nacional sobre un incremento significativo en el número de los medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y prevén, o algunos ya padecen, un grave déficit de recursos para la prestación de estos servicios, así como de los servicios de las personas pobres y vulnerables no aseguradas;

(14) Que como prueba de lo anterior, de acuerdo con el reporte de 32 departamentos y 4 Distritos, en el último año, el déficit corriente por prestación de servicios de salud, más que se duplicó frente al año anterior, pasando de \$409.187 millones en 2008 a un valor estimado de \$885,237 millones en 2009, con un crecimiento de 116%; situación que se ha deteriorado en los últimos meses y las estimaciones para el corte del mes de diciembre de 2009, según reporte de los mismos, arroja que el déficit corriente proyectado se incrementará en un 129%;

(15) Que las dificultades expresadas por las entidades territoriales han tenido un efecto directo en las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas y privadas, poniendo en riesgo el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional. En efecto, según la información reportada por Gestarsalud, entidad que agremia a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, en marzo de 2009, las cuentas por cobrar de sus entidades asociadas a las entidades territoriales por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud ascendía a \$3.726 millones y en septiembre del mismo año dichas cuentas alcanzaron un monto de \$37.226 millones, lo cual representa un incremento de 899% en los últimos seis meses;

(16) Que, la dinámica y mayor complejidad adquirida por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, frente al flujo de recursos también ha evidenciado que los procedimientos y mecanismos para su distribución y giro, establecidos en la ley, resultan insuficientes lo que conlleva a ineficiencias y desvíos, que perjudican a los diferentes agentes del Sistema, y hacen más costosa la financiación del mismo, poniendo aún más en evidencia la grave situación de iliquidez en las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que amenaza al goce efectivo del derecho a la salud de los colombianos;

(17) Que de conformidad con lo expresado por las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, como consecuencia de todo lo anterior, en los últimos meses, se

ha agravado de manera profunda la situación financiera en atención a las limitaciones propias del proceso para el giro de los recursos lo cual amenaza grave e inminentemente la continuidad en la prestación del servicio de salud. Esta situación se corrobora con los resultados del más reciente estudio de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, a junio de 2009, según el cual las cuentas por cobrar de una muestra de 115 instituciones a las entidades territoriales asciende a \$529.000 millones, del cual el 59% tiene un atraso mayor a 90 días;

(18) Que, como evidencia de lo anterior, se observa un incremento ostensible de la cartera hospitalaria en todo el país, tal y como se puso de manifiesto por algunos departamentos durante el Consejo de Ministros ampliado con los Gobernadores llevado a cabo en la ciudad de Manizales el día 19 de noviembre de 2009;

(19) Que, asimismo, según lo manifestado por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, el estado de la cartera con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo ha venido aumentando significativamente como consecuencia de la prestación de los servicios incluidos y no incluidos en los planes de beneficios, reflejándose en un cambio súbito en la tendencia a la disminución que traía dicha cartera en los últimos años. En efecto, según el estudio de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas antes mencionado, las cuentas por cobrar alcanzan \$3.57 billones, de los cuales 51.2% corresponde a cartera con más de 90 días de antigüedad. En el Régimen Contributivo el deterioro a junio de 2009 es evidente ya que el porcentaje de cartera con más de 90 días de vencida se incrementa en 15 puntos porcentuales; en el Régimen Subsidiado dicho porcentaje se incrementó en cerca de 8 puntos porcentuales en el mismo periodo;

(20) Que la población del Régimen Subsidiado encuentra en la territorialidad del aseguramiento, una barrera que dificulta el acceso a los servicios de salud;

(21) Que adicionalmente a todo lo anterior, algunos de los recursos disponibles para la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no se han podido incorporar oportunamente al flujo, en consideración a que resultan insuficientes los trámites y procedimientos legales previstos para su reconocimiento, y en algunos casos a la inexistencia de mecanismos expeditos para la solución de controversias entre los diferentes actores, agravando el problema de iliquidez de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud;

(22) Que en el mismo sentido y de acuerdo con los informes de los organismos de control, se observa, de manera grave, que en algunos casos los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sector salud se han destinado a fines diferentes a los mismos;

(23) Que los hechos descritos en el presente decreto desbordan la capacidad y los mecanismos preventivos, sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del sector salud necesarios para la protección eficaz del goce efectivo del derecho a la salud en todo el territorio nacional, tal

como lo ha señalado la Procuraduría General de la Nación en el informe “El Derecho a la Salud”;

(24) Que, finalmente, frente al referido aumento de los gastos, los ingresos del Sistema resultan insuficientes para la atención de la demanda de servicios y medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, a lo cual se agrega que el Sistema debe, prioritariamente, sostener los niveles de aseguramiento logrados, así como cumplir con la universalización de la cobertura y con el diseño de un plan de beneficios común a ambos regímenes que comprenda las prioridades básicas de salud, según lo ordenado por la Honorable Corte Constitucional;

(25) Que de mantenerse la tendencia observada en el pasado reciente en el crecimiento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, en el Régimen Contributivo, se estima que en el primer semestre de 2010, los excedentes a los cuales ha tenido que recurrir el FOSYGA para atender dicha demanda, se agotarán;

(26) Que de mantenerse las actuales condiciones, se identifica una elevada probabilidad de que se materialicen algunos de los siguientes riesgos: cierre de hospitales públicos, quiebra de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud, inviabilidad financiera de entidades territoriales, cesación de pagos al talento humano en salud y demás proveedores, así como la consecuente parálisis de la prestación de los servicios de salud, con lo cual se afectaría de manera grave el goce efectivo del derecho a la salud para todos los habitantes del territorio nacional;

(27) Que por ende, el orden social del país se encuentra gravemente amenazado, toda vez que se ha deteriorado de manera rápida e inusitada la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por lo tanto, está en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y la universalización del aseguramiento, con mayores repercusiones sobre la población pobre y vulnerable;

(28) Que siendo la salud una condición indispensable para la realización del derecho a la vida humana, la parálisis total o parcial en la prestación de los servicios de salud podría llevar a una situación de calamidad y catástrofe social con profundas implicaciones para el bienestar de todos los colombianos;

(29) Que para conjurar la situación antes descrita así como la extensión de sus efectos se hace urgente adoptar medidas legales, extraordinarias e integrales, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para contrarrestar las causas que generan esta situación de crisis, así como de los factores que lo agudizan;

(30) Que si bien la Ley 1122 de 2007 contiene una serie de avances en la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud tanto en la racionalidad de la definición de los planes de beneficios, la financiación, el flujo de recursos, la prestación de los servicios, la protección de los afiliados y la inspección, vigilancia y control, las

medidas que se han desarrollado en virtud de la misma, han resultado insuficientes;

(31) Que las medidas de carácter administrativo adoptadas por el Gobierno Nacional y otras autoridades en ejercicio de sus facultades ordinarias, se han revelado insuficientes para conjurar la crisis que atraviesa el sector salud, lo cual amenaza con perturbar grave e inminente el orden social;

(32) Que con el ánimo de ayudar a enfrentar esta situación, el Gobierno Nacional y el Congreso de la República acordaron incorporar en el presupuesto del año 2010 cerca de \$300.000 millones y para el año 2009, se desplazaron \$53.000 millones. Estos recursos, de acuerdo con lo expresado por los Gobernadores, ayudan a aliviar la situación en el corto plazo, pero no son suficientes para resolver la situación;

(33) Que para conjurar la situación descrita es indispensable adoptar medidas inmediatas tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso, condiciones, límites, fuentes de financiación y mecanismos para la prestación de servicios de salud y provisión de medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

(34) Que, en medio de las críticas circunstancias descritas, se requiere crear las condiciones institucionales, financieras, fiscales y operativas para la unificación de los Planes Obligatorios de Salud en los regímenes Contributivo y Subsidiado, a través de un plan básico, sostenible y progresivo;

(35) Que para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de toda la población, en especial la más pobre y/o vulnerable, se impone adoptar medidas inmediatas tendientes a procurar el acceso oportuno y efectivo a los servicios previstos en los planes de beneficios, las actividades de promoción y prevención, y la universalidad del aseguramiento;

(36) Que se necesita crear instrumentos para lograr que el Sistema tenga mayor equidad y oportunidad en la distribución, asignación y flujo de los recursos tanto en el Régimen Contributivo como en el Subsidiado, así como más transparencia y eficiencia en la gestión de los mismos, de tal manera que se eviten o corrijan las fallas, demoras y desviaciones injustificadas en el uso de los recursos, además de crear unas reglas de priorización de destinación de los mismos y asegurar que su objetivo sea preservado hasta su utilización final;

(37) Que es necesario adoptar medidas excepcionales para reasignar, redistribuir y racionalizar los recursos y las fuentes de financiación del Sistema o del sector salud, fortalecer los mecanismos de control a la evasión y elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector y crear nuevas fuentes, con el fin de evitar su inminente desfinanciación y garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud;

(38) Que, de conformidad con lo anterior, es igualmente necesario optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos originados

en la explotación de los monopolios de juegos de suerte y azar y licores, vinos y aperitivos, así como los provenientes de los cigarrillos y tabaco elaborado, las cervezas, sifones y refajos y, los de otras fuentes;

(39) Que es imprescindible establecer un marco regulatorio, así como fortalecer la Comisión de Regulación en Salud, para que las decisiones que inciden en los contenidos de los Planes Obligatorios de Salud, y/o en el equilibrio financiero de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, se armonicen con los principios constitucionales que regulan el Sistema;

(40) Que para asegurar que los recursos destinados a la salud estén dirigidos efectivamente a atender las prioridades definidas en el plan de beneficios, es necesario establecer criterios que conduzcan a que los médicos tratantes sigan los parámetros aceptados por la comunidad médica con el fin de que los servicios de salud beneficien a los usuarios dentro de criterios de racionalidad, costo-efectividad y evidencia técnico-científica, dentro de las condiciones medias de calidad y tecnología existentes en el país;

(41) Que se necesita implementar medidas que permitan revisar y racionalizar la actuación de los diversos reguladores y agentes del Sistema, entre otros, de los médicos tratantes, los usuarios con y sin capacidad de pago, los empleadores, las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los diversos proveedores de bienes y servicios asociados a dicha prestación, en materia de ordenación, acceso, suministro y reconocimiento de servicios y medicamentos incluidos o no en los Planes Obligatorios de Salud, así como establecer medidas preventivas, de recuperación de recursos y punitivas para responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales;

(42) Que es imprescindible adoptar medidas para que los recursos del Sistema que, por múltiples razones, no se han incorporado en su flujo, cumplan su finalidad constitucional, y las necesarias para la solución de las controversias presentadas entre los diferentes actores del Sistema;

(43) Que es necesario adoptar las medidas tendientes a fortalecer los mecanismos de protección efectiva del derecho a la salud de las personas, así como robustecer las actividades de Inspección, Vigilancia y Control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del Sistema “

La constitucionalidad del mencionado Decreto fue controlada de manera automática por la Corte Constitucional, Corporación que lo declaró inexistente a través de la sentencia C-252/10 (M.P. Jorge Iván Palacio).

Consta en el Comunicado de Prensa No. 20 de 21 de abril de 2010, publicado en la página web de la Corte Constitucional que la sentencia diferió sus efectos hasta el 16 de diciembre de 2010 respecto de las normas contenidas en decretos

legislativos que establecen fuentes tributarias de financiación, orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud. Se lee:

“Sentencia C-252/10

“Efectos diferidos de los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias

La excepcional gravedad de la situación financiera del sistema de seguridad social en salud, que según lo explicado en el referido Decreto 4975 de 2009, pone en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute del derecho fundamental a la salud, por parte de la mayoría de la población, condujo a la Corte Constitucional, a establecer un efecto diferido respecto de algunos de los decretos legislativos. A partir de esta simple consideración, y recogiendo planteamientos expresados años atrás por el entonces Magistrado de esta corporación, doctor Ciro Angarita Barón^[1] a propósito de la figura de la inexequibilidad diferida, este expresó que: “Plenamente consciente de que el juez del estado social de derecho no es instrumento mecánico al servicios de un ciego racionalismo, sino un conciliador del derecho positivo con los dictados de la equidad propios de una situación concreta y debe, por tanto, evitar las consecuencias injustas de la aplicación del derecho vigente”. Con base entre otras, en dicha consideración, la Corte resolvió, que ella misma señalaría, al pronunciarse sobre la inexequibilidad por consecuencia de cada uno de los distintos decretos expedidos dentro del marco de este estado de excepción, la fecha desde la cual surtirían efecto tales decisiones. “

La parte resolutiva de la decisión adoptada es la siguiente:

“Primero.- Declarar INEXEQUIBLE el Decreto 4975 de 2009, “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”.

Segundo.- Los efectos de la presente sentencia respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación se determinarán de acuerdo con el considerando 5.2.

Considerando 5.2.

Se diferirán los efectos de la presente sentencia respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud.”

Como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia antes traída a colación, el Gobierno Nacional profirió, entre otros, el decreto legislativo 127 de 2010, suscrito por el Presidente de la República y por todos los Ministros, cuyo contenido es el siguiente:

“DECRETO 127 DE 2010

(enero 21)

Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4975 de diciembre 23 de 2009,
y

CONSIDERANDO:

Que con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, mediante el Decreto 4975 de 2009 se declaró el estado de Emergencia Social en todo el país, con el propósito de conjurar la grave crisis que afecta la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud la cual amenaza de manera inminente, entre otros aspectos, la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, así como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

Que los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud no estaban previstos en el esquema fijado por la Ley 100 de 1993, sin embargo, la prestación de estos medicamentos y servicios se ha venido generalizando recientemente, de manera sobreviniente e inusitada, lo cual pone en riesgo el equilibrio del Sistema, puesto que el aumento acelerado de esta demanda compromete los recursos del aseguramiento en salud amenazando la viabilidad del Sistema, poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida de la población;

Que, por lo anterior, y tal y como lo han manifestado las entidades territoriales el déficit corriente por prestación de servicios de salud más que se duplicó en el último año, situación que se apreció especialmente en el último trimestre de 2009, afectando de manera especial a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas y privadas, poniendo en riesgo el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional afectando especialmente a la población pobre y vulnerable;

Que el artículo 336 de la Constitución Política establece que las rentas obtenidas del ejercicio de los monopolios derivados de licores y de juegos de suerte y azar estarán destinadas a los servicios de salud, razón por la cual se constituyen en una fuente esencial de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

Que el mencionado aumento en los gastos del Sistema ha hecho que los ingresos del mismo sean insuficientes para la atención de la demanda de servicios y medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, por lo que se hace necesario adoptar medidas extraordinarias que permitan optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos para superar el déficit que actualmente se presenta, así como la financiación de los gastos requeridos para la atención en salud de la población;

Que en tal virtud y con el fin de generar los recursos que se requieren para garantizar el goce efectivo del derecho, es necesario modificar el impuesto sobre las ventas aplicable a la cerveza y sobre los juegos de suerte y azar, incrementando las alícuotas actuales hasta la tarifa general del impuesto, así como las tarifas de los impuestos al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y de cigarrillos y tabaco elaborado, destinando, por lo menos, los mayores ingresos generados a la salud.

DECRETA:

ARTICULO 1o. Modifícase el parágrafo del artículo 190 de la Ley 223 de 1995 el cual queda así:

“Parágrafo. De la tarifa del 48% aplicable a las cervezas y sifones, ocho (8) puntos porcentuales se destinarán a financiar el segundo y tercer nivel de atención en salud. Los productores nacionales y el Fondo Cuenta de Impuestos al consumo de Productos Extranjeros girarán directamente a los Fondos o Direcciones Seccionales de Salud y al Fondo Distrital de Salud, según el caso, el porcentaje mencionado dentro de los quince 15 días calendario siguientes al vencimiento de cada periodo gravable.”

ARTICULO 2o. Modifícase el artículo 475 del Estatuto Tributario el cual queda así:

“Artículo 475. Tarifa para las Cervezas. Desde el 1o de febrero y hasta el 31 de diciembre de 2010, la tarifa del impuesto sobre las ventas para las cervezas de producción nacional y para las importadas será del 14%. A partir del 1o de enero de 2011 se aplicará la tarifa general prevista en este Estatuto. El impuesto será liquidado por los productores en el formulario de declaración bimestral de IVA, establecido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El impuesto generado dará derecho a impuestos descontables en los términos del artículo 485.

Los importadores de cervezas declararán y pagarán el impuesto en el formulario de la declaración de importación que prescriba la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales junto con los demás tributos aduaneros.

Para la liquidación del impuesto se aplicará la base gravable establecida en el artículo 189 de la Ley 223 de 1995.

Se exceptúa del impuesto a que se refiere este artículo el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.”

ARTICULO 3o. Modifícase el inciso cuarto del literal d) del artículo 420 del Estatuto Tributario, el cual queda así:

“A partir del 1o de febrero de 2010, en los juegos de suerte y azar se aplicará la tarifa general prevista en este Estatuto”.

ARTICULO 4o. Los ingresos adicionales recaudados durante el año 2010, por efecto del aumento de la tarifa del impuesto sobre las ventas, aplicable a la cerveza y a los juegos de suerte y azar, a que se refiere el presente decreto, se destinarán por la Nación a financiar las prestaciones excepcionales en salud. A partir del 1o de enero del año 2011 la totalidad de los ingresos recaudados por concepto del impuesto sobre las ventas a la cerveza y a los juegos de suerte y azar tendrán la misma destinación. Para dicho efecto, en ambos casos, no aplicará lo dispuesto en el artículo 7o de la Ley 225 de 1995.

Si el recaudo de estos recursos excede las necesidades para atender dichas prestaciones, la diferencia se destinará para la unificación de los planes de beneficios en salud.

ARTICULO 5o. Modifícase el artículo 211 de la Ley 223 de 1995, modificado por el artículo 76 de la Ley 1111 de 2006, el cual queda así:

“Artículo 211. Tarifas del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado. A partir del 1o de febrero de 2010, y del 1o de enero de 2011, las tarifas del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, aplicables durante los años 2010 y 2011 serán las siguientes:

1. Para los cigarrillos, tabacos, cigarros y cigarritos

AÑO	Tarifa por cada cajetilla de 20 unidades o proporcionalmente a su contenido.
2010	\$ 650
2011	\$700

2. La tarifa por cada gramo de picadura, rapé o chinú será de \$36,00.

PARAGRAFO 1o Para el año 2010 el 21% del recaudo bruto del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, deberá destinarse a la salud y a partir del 1o de enero de 2011 este porcentaje será del 24%.

Estos recursos destinados a la salud se orientarán a la unificación de los planes de beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De manera excepcional, estos recursos podrán destinarse a la financiación de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado y que estén en el Plan de Beneficios del Régimen Contributivo, únicamente en el evento en el que la totalidad de los recursos destinados para dichos servicios, llegaren a agotarse. (Enfasis fuera de texto)

PARAGRAFO 2o Para determinar el valor de los recursos con destino al deporte de que trata la Ley 30 de 1971, el porcentaje del 16% se aplicará en el año 2010 sobre el 79% del recaudo bruto del impuesto al

consumo de cigarrillos y tabaco elaborado y a partir del 1o de enero de 2011 sobre el 76%”.

ARTICULO 6o. Modifícanse el primer inciso y el parágrafo 1o del artículo 50 de la Ley 788 de 2002, los cuales quedan así:

“Artículo 50. Tarifas del impuesto al consumo de licores, vinos aperitivos y similares. A partir del 1o de febrero de 2010, las tarifas del impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, por cada unidad de 750 centímetros cúbicos o su equivalente, serán las siguientes:

1. Para productos de hasta 35 grados de contenido alcoholimétrico, doscientos cincuenta y seis pesos (\$ 256,00) por cada grado alcoholimétrico.
2. Para productos de más de 35 grados de contenido alcoholimétrico, trescientos ochenta y seis pesos (\$386,00) por cada grado alcoholimétrico.”

PARAGRAFO 1o. Del total recaudado por concepto del impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y/o participación, una vez descontado el porcentaje de IVA cedido a que se refiere el parágrafo 2o del artículo 50 de la Ley 788 de 2002, los Departamentos destinarán un (8%) para la unificación de los planes de beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De manera excepcional, estos recursos podrán destinarse a la financiación de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado y que estén en el Plan de Beneficios del Régimen Contributivo, únicamente en el evento en el que la totalidad de los recursos destinados para dichos servicios, llegaren a agotarse.”

ARTICULO 7o. FORMULARIOS. La Dirección General de Apoyo Fiscal, así como la Federación Nacional de Departamentos, en lo que a cada una corresponda, **efectuarán las modificaciones a los formularios de declaración** del impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y/o participación, y **del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, que se requieran para la correcta aplicación de lo establecido en el presente decreto.** (Enfasis fuera de texto)

ARTICULO 8o. VIGENCIA. El presente decreto de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política rige a partir de la fecha de su publicación y suspende la vigencia de las disposiciones que le sean contrarias.”

La constitucionalidad del mencionado Decreto fue controlada de manera automática por la Corte Constitucional, que lo declaró inexequible mediante la sentencia C-253 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

Al igual que la anterior, esta sentencia diferió los efectos de la declaración de inexequibilidad a partir del 16 de diciembre de 2010 y dispuso que los recursos

recaudados en la aplicación del Decreto 127 de 2010, deberán ser dirigidos en su totalidad a la red hospitalaria pública y a garantizar el derecho a acceder a los servicios de salud de aquellas personas que se encuentran en el régimen subsidiado o tan solo vinculadas al sistema de salud.

Consta en el Comunicado de Prensa del 21 de abril de 2010, publicado en la página web que la decisión adoptada, tuvo por fundamentos, los siguientes:

“Mediante sentencia C-252 proferida el 16 de abril de 2010, la Corte Constitucional declaró inexistente el Decreto 4975 de 2009 por el cual el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social, por un período de treinta (30) días.

Al haber desaparecido del ordenamiento jurídico el fundamento normativo que sirvió de sustento a la expedición del Decreto Legislativo 127 del 21 de enero de 2010, éste necesariamente deviene inconstitucional. En efecto, el decreto declaratorio del estado de emergencia social es el instrumento jurídico a través del cual el Presidente de la República se reviste de facultades de excepción, incluidas las de expedir decretos con fuerza de ley. Por ello, es claro que una vez excluida del orden jurídico, mediante sentencia de inexistencia, la norma de autohabilitación, los decretos legislativos dictados a su amparo corren igual suerte.

Se ha presentado así el fenómeno que la jurisprudencia de esta Corporación ha denominado *“inconstitucionalidad por consecuencia”*, consistente en que la declaración de inexistencia del decreto declaratorio del estado de excepción produce, como efecto obligado, la inexistencia de los decretos legislativos que lo desarrollan.

Sin embargo, de manera simultánea la Corte reconoció la excepcional gravedad de dicha situación, que según lo explicado en el referido Decreto 4975 de 2009, pone en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute del derecho fundamental a la salud, por parte de la mayoría de la población. A partir de esta simple consideración, y recogiendo planteamientos expresados años atrás por el entonces Magistrado de esta corporación, doctor Ciro Angarita Barón sobre la obligación que el juez constitucional del Estado social de derecho tiene de *“evitar las consecuencias injustas de la aplicación del derecho vigente”*, la Corte resolvió, en la sentencia C-252 del día de hoy, que ella misma señalaría, al pronunciarse sobre la inexistencia por consecuencia de cada uno de los distintos decretos expedidos dentro del marco de este estado de excepción, la fecha desde la cual surtirían efecto tales decisiones, con fundamento en la atribución que le confiere el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, conforme al cual *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”*, como también de lo planteado a este respecto por esta misma corporación en las sentencias C-113 de 1993 (M. P. Jorge Arango Mejía) y C-037 de 2006 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Al examinar el contenido del Decreto 127 de 2010, la Corte Constitucional destacó que esta norma introdujo modificaciones, necesariamente

transitorias, a algunas disposiciones de carácter tributario, incrementando las tarifas del impuesto al consumo de varios productos y servicios (como la cerveza, los productos derivados del tabaco, los juegos de suerte y azar y algunos vinos y licores) cuyo recaudo está total o parcialmente destinado a la financiación de los servicios de salud. Recordando entonces la situación ampliamente analizada en la sentencia C-252/10 tantas veces citada, observó la Corte que la inexequibilidad de este Decreto, en caso de tener efecto inmediato, tendría un importante y significativo impacto sobre el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, que pondría en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute de este derecho fundamental para un importante número de personas, presumiblemente las más pobres y vulnerables y varios de los sujetos merecedores de especial protección constitucional, situación contraria a varios importantes mandatos superiores, que esta corporación está en la obligación de evitar y prevenir.

Así las cosas, y en desarrollo de la facultad antes explicada, la Corte estimó necesario diferir los efectos de la inconstitucionalidad de esta norma por un lapso breve pero razonable, dentro del cual el órgano legislativo pueda, dentro del marco de sus competencias, considerar el tema de que trata este Decreto y adoptar, a la mayor brevedad posible, las medidas que estime necesarias para proveer al Sistema de Seguridad Social en Salud de fuentes de financiación adecuadas, estables y suficientes, frente a lo que resulta de los actuales requerimientos de la población colombiana en relación con el constitucionalmente garantizado disfrute del derecho fundamental a la salud. Con este propósito, la Corte dispuso que los efectos de la inexequibilidad declarada por la presente sentencia se produzcan a partir del 16 de diciembre de 2010, fecha en que terminará el primer período de sesiones ordinarias del Congreso de la República recientemente elegido. A su vez, precisó que los recursos que se recauden en virtud de este Decreto deberán estar destinados a cubrir los costos del suministro de medicamentos y servicios no comprendidos en el Plan Obligatorio de Salud, para la población inscrita en el Régimen Subsidiado de Salud y para la red hospitalaria pública.“

La parte resolutiva de la decisión adoptada es la siguiente:

“Sentencia C-253/10

DECISION

Primero.- Declarar **INEXEQUIBLE** el Decreto 127 de 2010 “*Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria.*”

Segundo.- Diferir los efectos de lo resuelto en esta sentencia hasta el 16 de diciembre de 2010.

Tercero.- Los recursos recaudados en la aplicación del Decreto 127 de 2010, deberán ser dirigidos en su totalidad a la red hospitalaria pública y a garantizar el derecho a acceder a los servicios de salud de aquellas personas que se encuentran en el régimen subsidiado o tan solo vinculadas al sistema de salud.”

4. Examen material de la Resolución 227 de 2010

La Resolución 227 de 2010 modifica los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado de que trata la Ley 223 de 1995, con el objetivo de que los responsables del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado declaren el tributo que les corresponde pagar según las tarifas y porcentajes reajustados por el artículo 5º del Decreto 127 de 2010.

Atendido su contenido normativo y naturaleza, está sujeta a control inmediato de legalidad, por tratarse de una norma de carácter general, que tiene por destinatarios a los responsables de declarar y pagar el impuesto al consumo de cigarrillos, que expidió la Dirección General de Apoyo Fiscal en ejercicio de su función administrativa, con miras a hacer operativas la declaración y pago del impuesto, en consonancia con el reajuste de la tarifa que para los años 2010 y 2011 dispuso el artículo 5º. del Decreto 127 de 2010, expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de la declaratoria de Emergencia Social, para recaudar ingresos destinados a financiar la prestación del servicio de seguridad social en salud.

4.1. Antecedentes del tema: La regulación normativa del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado

El capítulo X de la Ley 223 de 1995, regula lo atinente a este impuesto, en los términos siguientes:

- **Hecho generador.** Está constituido por el consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, en la jurisdicción de los departamentos. (Artículo 207)
- **Sujetos pasivos.** Son sujetos pasivos o responsables del impuesto los productores, los importadores y, solidariamente con ellos, los distribuidores. Además, son responsables directos los transportadores y expendedores al detal, cuando no puedan justificar debidamente la procedencia de los productos que transportan o expenden. (Artículo 208)
- **Causación.** En el caso de productos nacionales, el impuesto se causa en el momento en que el productor los entrega en fábrica o en planta para su distribución, venta o permuta en el país, o para publicidad, promoción, donación, comisión o los destina a autoconsumo.

En el caso de productos extranjeros, el impuesto se causa en el momento en que los mismos se introducen al país, salvo, cuando se trate de productos en tránsito hacia otro país. (Artículo 209)

- **Base gravable.** La base gravable de este impuesto está constituida por el precio de venta al detallista, en la siguiente forma:

- a) Para los productos nacionales, el precio de venta al detallista se define como el precio facturado a los expendedores en la capital del departamento donde está situada la fábrica, excluido el impuesto al consumo, y
- b) Para los productos extranjeros, el precio de venta al detallista se determina como el valor en aduana de la mercancía, incluyendo los gravámenes arancelarios, adicionado con un margen de comercialización equivalente al 30%. (Artículo 210).

En ningún caso el impuesto pagado por los productos extranjeros será inferior al promedio del impuesto que se cause por el consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, de igual o similar clase, según el caso, producidos en Colombia. (Parágrafo)

- **Tarifa.** La tarifa del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado es del 55%. (Artículo 211)

Los cigarrillos y tabaco elaborado, nacionales y extranjeros, están excluidos del impuesto sobre las ventas. El impuesto con destino al deporte creado por la Ley 30 de 1971 continuará con una tarifa del 5% hasta el primero de enero de 1998, fecha a partir de la cual entrará en plena vigencia lo establecido por la Ley 181 de 1995 al respecto, con una tarifa del diez por ciento (10%)

A partir del primero de enero de 1996 el recaudo del impuesto de que trata este parágrafo será entregado a los departamentos y el Distrito Capital con destino a cumplir la finalidad del mismo.

- **Participación del distrito capital.** De conformidad con el artículo 324 de la Constitución Política y con el artículo 3o., del Decreto 3258 de 1968, el Distrito Capital de Santafé de Bogotá tendrá una participación del veinte por ciento (20%) del recaudo del impuesto correspondiente al consumo de

cigarrillos y tabaco elaborado de producción nacional que se genere en el Departamento de Cundinamarca, incluyendo el Distrito Capital.

El Distrito Capital de Santafé de Bogotá es titular del impuesto que se genere, por concepto del consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, de procedencia extranjera, en el ámbito de jurisdicción, de conformidad con el artículo 1o., de la Ley 19 de 1970. (Artículo 212)

- **Periodo gravable, declaración y pago de los impuestos.** El período gravable de estos impuestos será quincenal.

Los productos cumplirán quincenalmente con la obligaciones de declarar ante las correspondientes Secretarías de Hacienda Departamentales o del Distrito Capital, según el caso, o en las entidades financieras autorizadas para tal fin, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al vencimiento de cada período gravable. La declaración deberá contener la liquidación privada del gravamen correspondiente a los despachos, entregas o retiros efectuados en la quincena anterior. Los productos pagarán el impuesto correspondiente en las Tesorerías Departamentales o del Distrito Capital, o en las instituciones financieras autorizadas, simultáneamente con la presentación de la declaración. Sin perjuicio de lo anterior los departamentos y el Distrito Capital podrán fijar en cabeza de los distribuidores la obligación de declarar y pagar directamente el impuesto correspondiente, ante los organismos y dentro los términos establecidos en el presente inciso.

Los importadores declararán y pagarán el impuesto al consumo en el momento de la importación, conjuntamente con los impuestos y derechos nacionales que se causen en la misma. El pago del impuesto al consumo se efectuará a órdenes del Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros. Sin perjuicio de lo anterior, los importadores o distribuidores de productos extranjeros, según el caso, tendrán la obligación de declarar ante las Secretarías de Hacienda por los productos introducidos al departamento respectivo o Distrito Capital, en el momento de la introducción a la entidad territorial, indicando la base gravable según el tipo de producto. En igual forma se procederá frente a las mercancías introducidas a zonas de régimen aduanero especial.

Las declaraciones mencionadas se presentarán en los formularios que para el efecto diseñe la Dirección General de Apoyo Fiscal del

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Artículo 213)⁴ (Enfasis fuera de texto)

4.2. El control de legalidad

Según quedó expuesto, la Resolución *sub examine* fue dictada en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto Legislativo 127 de 2010, expedido en desarrollo de la declaración del Estado de Emergencia Económica y Social.

Se fundamenta en la necesidad de ajustar los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco para acompañarlos al incremento en la tarifa del impuesto para los años 2010 y 2011 dispuesta por el artículo 5º del Decreto 127 de 2010.

Este acto encuentra sustento jurídico en los artículos 5º y 7º del Decreto 127 de 2010. Ciertamente, el contenido normativo de la Resolución materia de control constituye cabal desarrollo de la función asignada por el artículo 7º del Decreto 127 de 2010 a la Dirección de Apoyo Fiscal pues, introduce ajustes a los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco para hacer operativo el pago del incremento de la tarifa de este impuesto que el artículo 5º *ídem* dispuso, con miras a generar los recursos requeridos para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, atendiendo a que la declaración de la emergencia económica y social tuvo por fundamento, entre otras consideraciones, la necesidad de generar un mayor recaudo de recursos, ante la insuficiencia de los ingresos del Sistema para atender la demanda de servicios y medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud. En tal virtud, sus fines se acompañan con los establecidos en los multicitados artículos 5º y 7º del Decreto 127 de 2010.

Concluye la Sala que la Resolución cuya revisión se adelanta, se aviene al ordenamiento jurídico y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia no sin antes aclarar que dejará de producir efectos a partir del 17 de diciembre de 2010 de conformidad con lo dispuesto en las sentencias C-252 y C-253, ambas de 2010, de la Corte Constitucional.

⁴ El artículo 213 corresponde al Capítulo X *ídem* y se aplica al impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares y al impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado.

III. LA DECISION

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

FALLA

PRIMERO: DECLARASE AJUSTADA A DERECHO, la Resolución 227 de 2010 (enero 29) mediante la cual «se adoptan unas modificaciones a los formularios de declaración del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado de que trata la Ley 223 de 1995», expedida por la Directora General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en virtud de lo ordenado por el artículo 7º del Decreto 127 de 2010.

Cópiese, publíquese y comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de la fecha.

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Presidente

Aclara voto

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

Ausente

VICTOR HERNANDO ALVARADO A.

GERARDO ARENAS MONSALVE

Ausente con permiso

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Ausente con permiso

HUGO FERNANDO BASTIDAS B.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE V.

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

Ausente con permiso

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ A.

Ausente con permiso

MARIA NOHEMI HERNANDEZ P.

FILEMON JIMENEZ OCHOA

CARMEN TERESA ORTIZ DE
RODRIGUEZ

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT
PIANETA

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE P.

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

MAURICIO TORRES CUERVO

ALFONSO VARGAS RINCON

MARCO ANTONIO VELILLA M.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO