

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-1158 de
2008 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Aplicación de la sentencia integradora - intermediarios de seguros

Magistrados Ponentes

Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., 2020

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	3
2.	NORMAS DEMANDADAS	3
3.	PROBLEMA JURÍDICO	11
4.	CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	12
5.	DECISIÓN.....	14
6.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	14

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-1158 DE 2008 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Aplicación de la sentencia integradora – intermediarios de seguros

Magistrado Ponente

Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

1. Introducción

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad el ciudadano Mario Andrés Zarama Bastidas demandó algunas expresiones contenidas en el literal f) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, “*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”.

2. Normas demandadas

Los textos acusados son del siguiente tenor literal:

*“Ley 1122 de 2007
(enero 9)*

*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones
(...)*

Artículo 14. “ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

(...)

f) El valor total de la UPC del Régimen Subsidiado será entregado a las EPS del régimen subsidiado. Las actividades propias del POS subsidiado incluidas las de promoción y prevención serán ejecutadas a través de las EPS del Régimen Subsidiado.

La prestación de los servicios para la atención de Promoción y Prevención se hará a través de la red pública contratada por las EPS del Régimen Subsidiado del respectivo municipio. Cuando las ESE no tengan capacidad para prestar estos servicios de promoción y prevención o cuando los resultados pactados entre EPS del Régimen Subsidiado y las ESE se incumplan, estos servicios podrán prestarse a través de otras entidades, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o en quien este delegue. Los municipios acordarán con las EPS del Régimen Subsidiado los mecanismos para que las atenciones en salud y de promoción y prevención se efectúen cerca a la residencia del afiliado, con agilidad y celeridad;

Argumentos de la demanda

2.1. Según criterio del demandante, la disposición acusada viola los artículos 14, 16, 13, 48, 49 y 333 de la Constitución. Las razones en que se apoya la demanda, en resumen, son las siguientes:

- Las expresiones normativas acusadas desconocen el derecho fundamental a la libre elección de la entidad prestadora del servicio de salud de los afiliados a las EPS del régimen subsidiado. A su juicio, una de las manifestaciones más importantes del derecho a la personalidad jurídica, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, y de los principios de la seguridad social desarrollados en la Ley 100 de 1993, es el de la libre escogencia de la entidad que presta el servicio de salud. En efecto, en las sentencias T-436 de 2004, T-010 de 2004, T-423 de 2007 y C-1041 de 2007, la Corte Constitucional dijo que el derecho a la libre elección de EPS es fundamental derivado del derecho a la personalidad jurídica y, es también, conexo al derecho de acceso a la prestación del servicio de salud en condiciones continuas, oportunas y eficientes. Pese a ello, las expresiones acusadas limitan ese derecho porque restringen la oferta del servicio de salud al imponer que las EPS del régimen subsidiado únicamente contraten con las Empresas Sociales del Estado del municipio.

- Con la expedición de la Ley 1122 de 2007 se pretendía la unificación de los servicios de salud y romper la fragmentación que la Ley 715 de 2001 había generado al dividir la prestación de los servicios de salud entre las entidades territoriales y las EPS del régimen subsidiado, lo cual, a su vez, produjo evasión de responsabilidades y ausencia

de prestación eficiente y continua del servicio. Sin embargo, el artículo acusado mantiene la fragmentación de los servicios porque si el afiliado *“elige un prestador de servicios de salud que no hace parte de las Empresas Sociales del Estado, únicamente podrán garantizarme la atención de los servicios de salud que no correspondan a la promoción y prevención, los cuales para ser recibidos deberá acudir a una de las instituciones públicas del municipio”*.

- Las expresiones normativas acusadas desconocen el derecho fundamental a la igualdad, en tanto que discriminan a los afiliados del régimen subsidiado respecto de los afiliados al régimen contributivo, pues mientras los últimos pueden escoger la entidad prestadora de servicios que garantiza su atención, los primeros únicamente pueden acceder a los servicios de promoción y prevención a través de las Empresas Sociales del Estado de cada municipio. Según su criterio, esa desigualdad no tiene justificación constitucional tal y como se deduce de la aplicación del test de constitucionalidad, así: i) a pesar de que, respecto de las actividades de promoción y prevención en el servicio de salud los sujetos comparados deben encontrarse en la misma situación de hecho, las disposiciones impugnadas consagran una diferencia sin explicación que los justifique; ii) de acuerdo con los antecedentes de la ley, con las normas acusadas se busca la unificación de la responsabilidad y la administración de los recursos (antes entidades territoriales y ARS y ahora EPS-S). Su finalidad, es entonces, *“estrictamente económica”* y, iii) el objetivo de la medida no es razonable, por dos motivos: el primero, porque no es claro que con la prestación de los servicios de manera exclusiva por la ESE no se logra el objetivo propuesto y, el segundo, porque *“el argumento de evitar un descalabro financiero de unas instituciones de salud, no puede compararse con la limitante absoluta que ha impuesto a los afiliados al régimen subsidiado”*. En síntesis, la sostenibilidad de la ESE no puede desconocer los principios de eficiencia y continuidad de los afiliados al sistema de salud.

- En sentido estricto, las disposiciones impugnadas consagran la prestación de los servicios de promoción y prevención para los beneficiados al régimen subsidiado en forma exclusiva por las ESE del municipio donde se encuentran afiliados. Salta a la vista, entonces, que esa regla contradice los artículos 48 y 49 de la Constitución, los cuales garantizan a todas las personas el acceso a los servicios de protección y recuperación de salud mediante la prestación directa por parte del Estado y/o de los particulares. El Constituyente no quiso que se excluyeran a las entidades privadas de la prestación del servicio de salud. En ese mismo sentido, las sentencias C-428 de 1997, C-915 de 2002 y C-1073 de 2002 de la Corte Constitucional, dijeron que si bien el Estado puede definir un porcentaje en la contratación con las entidades públicas, ello no puede implicar la exclusión absoluta de las instituciones prestadoras que no sean ESE. Además, el demandante concluyó que ese mismo hecho vulnera el derecho a la igualdad,

principalmente porque lo acusado *“si bien puede tener una buena intención financiera con las Empresas Sociales del Estado, no se compadece de la situación en la que ponen a otras entidades públicas que no comparten el carácter de ESE, sacrificando elementos esenciales como la eficiencia, la calidad y la oportunidad en la prestación de los servicios”*.

- La norma acusada no tiene en cuenta el principio de eficiencia del sistema de seguridad social en salud, por dos motivos: el primero, porque crea una limitante absoluta para la prestación del servicio por intermedio de varias categorías de instituciones –únicamente están autorizadas las ESEs del municipio- y, el segundo, porque si el objetivo principal es la atención del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado a sus afiliados, no puede someterse a ellos a consideraciones administrativas, tales como la autorización previa del Ministerio de Protección Social en caso de que las ESEs del municipio no estén en capacidad del prestar el servicio o cuando incumplan los compromisos adoptados con las EPS subsidiadas, que son los dos eventos contemplados en el literal acusado.

- Finalmente, el demandante considera que se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad de las EPS del régimen subsidiado, *“dado que la obligación primigenia y esencial de las entidades aseguradoras del sistema de salud es garantizar la prestación de los servicios de salud al afiliado, dichas entidades no pueden entenderse limitadas en dicho proceso como lo hace la norma demandada, la cual impone una obligación de contratación exclusiva con las Empresas sociales del Estado para los servicios de Promoción y Prevención, sin que se hayan tenido en cuenta factores como la oportunidad, eficiencia y economía en la prestación de los servicios”*.

Intervenciones

Intervención del Ministerio de la Protección Social

Dentro de la oportunidad legal prevista, mediante apoderada, el Ministerio de la Protección Social intervino en el presente asunto para oponerse a los planteamientos formulados en la demanda. Las razones en que se apoya son, en resumen, las siguientes:

- Como aclaración inicial, el interviniente manifestó que la demanda carece de técnica porque dirige su acusación en contra de una disposición que no tiene sentido sino se lee integralmente con la primera parte del artículo. Sin embargo, concluyó que la omisión no debe conducir a la inhibición de la Corte, porque existen cargos contra las expresiones acusadas, pero sí es indispensable que se integre la unidad normativa con las dos primeras frases del inciso acusado parcialmente.

- Después de realizar un extenso análisis sobre las facultades del Estado de intervenir en la economía y en la prestación de los servicios públicos, el Ministerio de la Protección

Social recordó algunas sentencias en las que la Corte Constitucional dejó en claro que, en especial en materia de salud, el campo de intervención del Estado es marcadamente amplio porque se busca defender el interés público que implica la prestación del servicio público de salud en condiciones dignas para preservar la vida de la población colombiana. Para ello, dijo el interviniente, que la Ley 100 de 1993 diseñó el denominado “*pluralismo estructurado*” que supone el entendimiento de este servicio público como esencial y la especialización de las funciones a desarrollar, puesto que existen organismos de dirección, entidades de aseguramiento, instituciones prestadoras del servicio y un esquema de vigilancia, inspección y control, todos ellos dirigidos a desarrollar los fundamentos básicos para el sistema que son la equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía, descentralización administrativa y participación social.

- Bajo el entendimiento de que la intervención del Estado en la prestación del servicio de salud no sólo es una facultad sino un deber constitucional y legal, el Ministerio afirmó que la regulación es una de las principales herramientas para el efecto porque con ella se pretende armonizar, de un lado, los derechos a la adecuada, eficiente y oportuna prestación del servicio y, de otro, el carácter social de la propiedad y de la empresa. De todas maneras, recordó que dentro de los mecanismos que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, resultan necesarios para concretar la intervención del Estado en la prestación del servicio de salud se encuentran: la regulación de la actividad de la medicina prepagada, la naturaleza parafiscal de los aportes al sector salud, la exigencia de mínimos para garantizar el derecho a la salud, la autorización para que las EPS presten directamente servicios de salud, la determinación de precios y tarifas aplicables a las relaciones entre IPS y EPS, entre otras.

- No es inconstitucional que el legislador hubiere escogido un modelo estatista para la prestación de los servicios de promoción y prevención del servicio de salud –con el artículo 46 de la Ley 715 de 2001 se entregó esa responsabilidad a los distritos y municipios-, más aún cuando ello busca corregir “una serie de problemáticas” que se presentaron con el diseño establecido originalmente en la Ley 100 de 1993 que entregó esa facultad a las entidades prestadoras de los Planes Obligatorios de Salud. Para ilustrar su premisa, el interviniente trajo un cuadro comparativo que muestra como la vacunación contra el sarampión recuperó su aumento cuando se autorizó la contratación con IPS públicas. Para el efecto concluyó que la fórmula que se demanda retoma ideas anteriores con la mejoría que representa el siguiente esquema: “*la administración de las EPS’S, la efectividad de la prestación se monitorea a través de las Empresas Sociales del Estado, entidades públicas de carácter especial, dedicadas a estos temas y esparcidas en el territorio nacional*”.

- El derecho a la libre escogencia no tiene rango constitucional sino legal y, contrario a lo dicho por el demandante, no descansa únicamente en el usuario del servicio de salud porque solamente puede ser realizado cuando existe un ambiente adecuado para su ejercicio y de acuerdo con una regulación que lo haga efectivo. De esta forma, entonces, dijo que ese derecho no es absoluto ni exclusivo del esquema privado o mixto de prestación del servicio de salud, sino que es una herramienta para impulsar la eficiencia y el acceso efectivo a este servicio público.

- El legislador cuenta con un margen amplio de autonomía para regular el sistema de acceso a la seguridad social en salud, pues como lo ha explicado la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, la autorregulación del mercado es insuficiente y requiere de medidas que impidan que la libre competencia, la libertad de empresa y autonomía privada desborden el interés común que lleva implícito el servicio público de salud.

- Finalmente, después de revisar varias sentencias de esta Corporación que analizaron normas relacionadas con la diferencia de trato en materia de contratación en seguridad social, el interviniente concluyó que la demanda partió del prejuicio según el cual únicamente los particulares pueden gestionar adecuadamente la actividad pública porque ellos “sí saben administrar”, lo cual no sólo no lo demostró sino que está desvirtuado con la realidad social, pues *“uno de los dilemas en la prestación de servicios públicos por parte de privados es la existencia de un animus lucrandi que los hace operar como andamiajes comerciales y no sociales y a ello obedece, entre otras razones, la llamada tutelización de la salud”*

Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

Por encargo del Vicepresidente Académico de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el doctor Oscar José Dueñas Ruiz intervino en el proceso para explicar las razones por las que considera que las disposiciones acusadas se ajustan a la Constitución. En síntesis, dijo:

- En cuanto al cargo por violación del artículo 14 superior, el interviniente dijo que lo dicho en sentencia C-1042 de 2007 por la Corte Constitucional sobre el derecho de los afiliados a escoger libremente el prestador del servicio de salud *“se convierte en precedente y, por lo tanto, el cargo de inconstitucionalidad, por este aspecto, está llamado a prosperar”*.

- Por el contrario, en relación con los cargos por violación del derecho a la igualdad, a la equidad y autonomía en la contratación, concluyó que no tienen respaldo constitucional por las siguientes cuatro razones. La primera, porque la diferencia de trato establecida

en la norma acusada tiene una finalidad objetiva y razonable constitucionalmente. La segunda, por cuanto, como lo indicó la sentencia C-1489 de 2000, el legislador juega un papel esencial en el desarrollo y configuración del régimen de seguridad social porque los artículos 48 y 49 de la Constitución le encargan hacer efectivos los principios básicos de dicho derecho. La tercera, porque las normas acusadas concretan los principios de subsidiaridad y coordinación señalados en el artículo 288 de la Carta, en tanto que *“en la hipótesis de que la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o su área de instituciones prestadoras de servicios de salud debidamente habilitadas, pero previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue. Es decir, que la subsidiaridad está condicionada y debe respetarse”*. La cuarta razón: no se viola el artículo 333 superior porque *“la salud es un servicio público esencial, regulado por el legislador, luego éste puede fijar la manera de prestar dicho servicio”*.

- Para terminar, el interviniente dijo que, desde una visión orgánica, el sistema de salud en Colombia es mixto, *“por cuanto el Estado tiene la obligación de prestarlo pero se permite a los particulares también hacerlo y se pueden trasladar competencias a las entidades territoriales. Si el Estado considera que la prestación de los servicios para la atención de promoción y prevención se hace a través de la red pública (incluida la prestación por parte de las municipalidades) está determinada no es inconstitucional porque está permitida en los artículos 48 y 49 de la C.P. y porque los municipios hacen parte de la nación”*.

Intervención de la Superintendencia Nacional de Salud

Dentro de la oportunidad legal prevista, mediante apoderado, la Superintendencia Nacional de Salud intervino en el presente asunto para oponerse a los planteamientos formulados en la demanda. Las razones en que se apoya son, en resumen, las siguientes:

- Después de hacer un recuento sobre el origen y el gran avance que significó para la defensa de los derechos de los trabajadores la consagración de la seguridad social en los ordenamientos jurídicos, el interviniente concluyó que el sistema adoptado por la Ley 100 de 1993 implicó la modernización de dicho derecho en Colombia y *“un salto significativo frente a los modelos asistencialistas, permitiendo ampliar los operadores (admitiendo la participación privada) y generando una serie de recursos para su prestación oportuna, eficiente y de calidad”*.

- La concepción del modelo de salud que pretenden desarrollar los artículos 48 y 49 de la Constitución, que ha generado un extenso debate a lo largo de la historia, debe ser concretado y desarrollado por el legislador, pues la Carta otorga a la ley la potestad de regular el ejercicio de la prestación de los servicios para la atención en salud para el cumplimiento de los fines del Estado. En consecuencia, *“es al Estado a través de las*

directrices que establece la ley, a quien corresponderá definir la prestación de los servicios de promoción y prevención” en materia de salud.

- La norma acusada no vulnera el derecho a la igualdad, por dos razones: La primera, porque los dos regímenes de seguridad social en Colombia no son iguales, por lo que no puede pretenderse el trato igual a dos grupos diferentes. La segunda, porque la Constitución no consagra el deber de consagrar *“un igualitarismo jurídico entre quienes se hallan en diversidad de condiciones fácticas”*

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, intervino dentro de la oportunidad legal prevista, con el fin de solicitar que la Corte ordene estarse a lo resuelto en la sentencia C-1042 de 2007, declarando exequibles las expresiones acusadas, *“únicamente en relación con los cargos analizados y bajo el entendido que si transcurrido el plazo establecido en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo para responder peticiones sin que el Ministerio de Protección Social o su delegado obre en consecuencia se entenderá que se ha concedido la autorización”*. Para sustentar sus conclusiones, en resumen, dijo:

- La contratación obligatoria con las Empresas Sociales del Estado del respectivo municipio para la promoción y prevención en salud se justifica constitucionalmente porque busca: i) mejorar la calidad de vida de los habitantes, ii) distribuir de manera equitativa los beneficios del desarrollo mediante el aseguramiento efectivo del acceso a dichas prerrogativas, en especial para las personas de menores ingresos y, iii) corregir las fallas en la prestación de los servicios que se presentaban cuando esos servicios era la responsabilidad de otros prestadores, teniendo en cuenta que la salud es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado. En este último aspecto, el Procurador explicó que como la Unidad de Pago por Capitalización incluía los costos de prestación de los servicios de promoción y prevención en salud, las EPS *“no cumplían eficientemente con esa obligación con el fin de quedarse con los dineros correspondientes”*, lo cual se evidenció con el aumento evidente de las enfermedades infectocontagiosas que, aunque se consideraban erradicadas, se incrementaron por mal manejo de esquemas de vacunación. Ahora, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 dispone que el valor total de la UPC debe ser entregado a las EPS del régimen subsidiado para que ejecuten la totalidad de los recursos en las actividades propias del POSS, incluidas las de promoción y prevención en salud. En consecuencia, concluye que como la norma persigue corregir la falla en el suministro de los servicios de salud, esa medida desarrolla los artículos 48 y 49 de la Constitución.

- La obligación que tiene el Estado de intervenir en la economía y, en especial, para garantizar el acceso eficiente a los servicios de promoción y prevención en salud de la población que atiende el régimen subsidiado, justifica la contratación obligatoria de esos servicios con las ESE. Y, el hecho de que el Ministerio de Protección Social autorice la contratación de los servicios de promoción y prevención en salud también se ajusta a la Constitución porque *“la finalidad de las Empresas Sociales del Estado está en consonancia con la finalidad social de la prestación de los servicios públicos, lo que garantiza que dichas empresas sí presten efectiva y eficientemente los servicios de promoción y prevención en salud, a contrario del ánimo de lucro que rige las empresas privadas de ese sector de la economía”*.

- El Ministerio Público llama la atención de que la norma acusada no señala un término concreto al que debe someterse el Ministerio de Protección Social para responder la solicitud de autorización para que las EPS-S contraten la prestación de los servicios de promoción y prevención de salud con entidades diferentes a las ESE. Por esa razón, considera que esa disposición vulnera la garantía de los usuarios del régimen subsidiado de acceso a esos servicios, lo cual puede comprometer sus vidas e integridad física. Recordó que en otro proceso de constitucionalidad que adelantó esta Corporación en el que se percató que la ley tampoco señaló un término específico para que el Ministerio de la Protección Social autorice a las entidades territoriales a contratar con otras EPS públicas o privadas el suministro de algunos servicios de salud para la población pobre no asegurada cuando en el respectivo municipio no pueda brindarse, ese despacho recomendó que la Corte condicione la exequibilidad de la norma y señale un término preciso para que dicha autoridad conteste la petición de las entidades territoriales. Dijo que la Corte acogió su tesis en sentencia C-1042 de 2007, en tanto que la indeterminación del término para dar respuesta podría afectar la prestación oportuna, eficiente y adecuada del servicio de salud, por lo que solicitó que, en esta oportunidad, la Sala se esté a lo resuelto en la sentencia en comento y se ordene al Ministerio de la Protección Social contestar las solicitudes a que hace referencia la norma acusada en el término de 15 días previsto en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo.

3. Problema Jurídico

De esta manera, deberá esta Corporación averiguar si ¿la obligación de contratar la prestación de los servicios de promoción y prevención en materia de salud para los afiliados del régimen subsidiado exclusivamente con las Empresas Sociales del Estado, vulnera tanto el derecho de los afiliados a elegir libremente y en igualdad de condiciones el prestador del servicio, como el derecho de los particulares a competir y participar en el suministro eficiente y oportuno de esos servicios de salud?.

4. Consideraciones de la Corte Constitucional

El demandante sostiene que al facultar al Ministerio de Protección Social a autorizar a las E.P.S.-S a contratar con empresas distintas a las de la red pública para la prestación de los servicios de prevención y promoción en salud, en especial sin un término preciso para definir el asunto, el legislador vulneró el principio de eficiencia del sistema de seguridad social en salud. Pasa la Sala a estudiar el argumento.

En anterior oportunidad, la Corte conoció de una demanda ciudadana formulada contra una expresión contenida en el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 que, respecto de la autorización otorgada al Ministerio de la Protección Social para facultar a las entidades obligadas a prestar el servicio de salud de la población pobre a contratar con particulares y no hacerlo con Empresas Sociales del Estado, es bastante similar a la norma que ahora ocupa la atención de la Sala. Esa excepción a la regla general (contratación de esos servicios únicamente con las E.S.E.) se impone cuando en la entidad territorial respectiva no exista la oferta de servicios o ésta sea insuficiente. En esa ocasión, el demandante sostenía, entre otras cosas, que esa disposición ponía en grave riesgo el derecho a la salud de la población pobre y enferma porque la autorización se convertía en una barrera de orden administrativo que demoraba la atención médica requerida con urgencia.

La sentencia C-1042 de 2007¹ concluyó que el legislador no violó la Constitución porque el establecimiento del requisito de la autorización previa del Ministerio de la Protección Social para efectos de que la entidad territorial pueda contratar con otras I.P.S., distintas a las E.S.E. en caso de insuficiencia o inoperancia de las mismas en la región, no es irrazonable o injustificada. Ello, por cuanto la norma *“tiene por finalidad garantizar el adecuado uso de los escasos recursos económicos que alimentan el SGSSS, evitando que los mismos se despilfarren o desvíen por efectos de la corrupción administrativa, e incluso, por la presión de los grupos armados ilegales”*.

En esta oportunidad, la Sala considera que ese argumento debe reiterarse porque la medida establece dos excepciones razonables (incapacidad e incumplimiento de labores previamente contratadas) para casos en los que objetivamente el Estado no ha tenido la capacidad o la solvencia para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de la población más pobre del país. En efecto, la norma acusada pretende conciliar la tensión que podría presentarse entre, de un lado, la defensa de los intereses generales que, como se explicó, lleva implícito la responsabilidad del Estado en la prestación directa de los servicios de promoción y prevención en salud en el régimen subsidiado y, de otro, la protección del derecho a la salud de las personas que requieren urgentemente de la promoción y prevención en salud y las Empresas Sociales del Estado no lo pueden hacer. Luego, el legislador buscó desarrollar objetivos que encuentran pleno respaldo constitucional porque concretan el deber del Estado de intervenir para asegurar la prestación eficiente, continua y universal del servicio público de salud.

¹ M.P. Humberto Sierra Porto

De igual forma, la Sala encuentra que la intervención del Ministerio de la Protección Social en los casos previstos en la norma acusada, constituye una medida idónea y necesaria para lograr la eficacia del derecho a la salud de los afiliados al régimen subsidiado cuando, en determinada entidad territorial, las Empresas Sociales del Estado no tienen la capacidad instalada o han demostrado incumplimiento de contratos acordados para prestar adecuada, continua y eficientemente los servicios de promoción y prevención en salud. La autorización que contiene la norma acusada no hace más que establecer responsabilidades claras a la autoridad encargada de fijar la política pública en salud y permitirle que valore la suficiencia del prestador directo del servicio público. Entonces, es razonable y proporcional, porque no sacrifica valores y principios constitucionalmente protegidos, que el legislador hubiere permitido a dicho ministerio la valoración de idoneidad y capacidad de las Empresas Sociales del Estado. Por lo tanto, la intervención del Ministerio de la Protección Social en las situaciones previstas en el literal f) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, se ajusta a la Constitución.

Ahora bien, dada la aparente identidad absoluta de la norma analizada en la sentencia C-1042 de 2007 y la que ahora se somete a su consideración, el Procurador consideró que la Corte debía estarse a lo resuelto en esa oportunidad y condicionar la exequibilidad del artículo 14, literal f, de la Ley 1122 de 2007, en el entendido que si transcurrido el plazo establecido en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo para responder peticiones sin que el Ministerio de Protección Social o su delegado se pronuncie se entendería que la autorización ha sido concedida.

Sin embargo, un análisis detenido de las dos normas permite inferir dos conclusiones: La primera que, para efectos de la contestación a cargo del Ministerio de la Protección Social, las disposiciones no son idénticas y, por el contrario, exigen que la Corte les reconozca un trato distinto. Y, la segunda, que debido a su contenido jurídico diferente, el condicionamiento de la norma que sugirió el Ministerio Público no se justifica, por lo que no se aceptará la solicitud en ese sentido. Las razones en las que la Sala se apoya para concluir lo anterior son las siguientes:

El artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, faculta al Ministerio de la Protección Social a autorizar a las entidades territoriales, a contratar con particulares, la atención en salud de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Por su parte, la norma ahora acusada, faculta al Ministerio de la Protección Social a autorizar a las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, a contratar con particulares, los servicios de promoción y prevención en salud de los afiliados al régimen subsidiado.

Como se observa, la disposición ahora sometida a control de constitucionalidad implica una autorización a E.P.S. públicas y privadas a contratar servicios con otros particulares, lo cual hace que la relación existente entre el contratante y el contratista requiera de un análisis por parte del Ministerio más profundo y detenido. En efecto, en sentido estricto, el literal f, del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 supone la valoración de un conjunto de criterios que debe someter a la administración a las mismas reglas

que prevé el Código Contencioso Administrativo para las peticiones elevadas por particulares en interés general y no en interés particular, como es el caso regulado por el artículo 6º de esa misma codificación.

Por lo anterior, la Sala considera que el condicionamiento solicitado por el Ministerio Público no se justifica, porque no es cierto, como lo afirma el demandante en esta oportunidad, que el Ministerio de la Protección Social no tenga un término para contestar la solicitud elevada por el prestador del servicio de promoción y prevención en salud, pues, como cualquier autoridad administrativa, está regido por las reglas generales previstas por el Código Contencioso Administrativo. Luego, no es acertado sostener que existe un vacío normativo que por la supuesta afectación del principio de eficacia del servicio público de salud debe ser integrado por la Corte, como quiera que al Ministerio de la Protección Social, en el caso objeto de estudio, le es aplicable las reglas generales del silencio administrativo y del derecho de petición previstas en el Código Contencioso Administrativo.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el literal f (parcial) artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, por los cargos analizados en esta sentencia y no condicionará su constitucionalidad porque no le son aplicables los mismos argumentos que sirvieron de base para así declararlo en sentencia anterior.

5. Decisión

La Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió el presente caso en los siguientes términos:

- Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones *“La prestación de los servicios para la atención de promoción y prevención se hará a través de la red pública contratada por las EPS del Régimen Subsidiado del respectivo municipio. Cuando las ESE no tengan capacidad para prestar estos servicios de promoción y prevención o cuando los resultados pactados entre EPS del Régimen Subsidiado y las ESE se incumplan, estos servicios podrán prestarse a través de otras entidades, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o en quien este delegue”*, contenidas en el literal f) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, por los cargos analizados en esta sentencia.

6. Análisis y conclusiones

- Respecto de la configuración del diseño y la estructura del servicio público de salud, señaló la Corte Constitucional que el constituyente Colombiano de 1991 dejó en claro que la tarea de configurar el diseño del sistema de seguridad social, organizar la estructura y el funcionamiento del servicio público de salud corresponde, en primer lugar al legislador, dentro de principios y valores generales que definió, de ahí que el Congreso tiene el deber de expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos y que definirán su régimen

jurídico. El artículo 49 de la Constitución señaló que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y que a la ley corresponde señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria y el artículo 48 de la Carta dijo que la cobertura de la seguridad social será universal y la prestación de los servicios será en la forma en que determine la ley. En el caso colombiano, el Constituyente, respecto de los prestadores directos del servicio público de salud, diseñó un sistema mixto o concurrente entre el Estado y los particulares, pues si bien al Estado le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud y saneamiento ambiental, la prestación del servicio de salud puede hacerse en forma directa o por entidades privadas. Asimismo, el legislador, en aras de proteger el interés general, puede modificar los porcentajes de participación de las empresas en la prestación del servicio público y modular el grado de concurrencia.

- Frente a la limitación al modelo de libertad de empresa y de libre competencia en materia de seguridad social en salud, señaló la Corte que la regulación legal en el diseño del sistema de seguridad social en salud no puede ser tan intensa que elimine el esquema de libre competencia entre particulares y el Estado en la prestación del servicio, pues este supuesto conduciría a la estatización de una actividad que se rige por la libertad de empresa regulada, ni tampoco puede ser tan débil que deje al juego del mercado la protección del derecho a la salud de la población más vulnerable del país, por cuanto ello produciría un desmantelamiento de los servicios sociales a cargo del Estado.
- En lo atinente al sistema de seguridad social en salud en derecho comparado, señaló la Corte que en el derecho comparado no han sido unánimes las opiniones respecto de cuál es el diseño más adecuado para asegurar la continuidad, eficiencia, universalidad y oportunidad de la prestación del servicio público de salud. En el modelo clásico de Estado Liberal el derecho a la salud no era un problema público sino privado cuya preocupación principal para los gobernantes no era intervenir para curar a los enfermos sino prevenir la propagación de enfermedades que podían afectar a la comunidad en general. Posteriormente, en el Estado Bienestar se desarrolló un modelo de responsabilidad tripartita tanto en la promoción, prevención como en la curación de la salud de los trabajadores y de sus familias. La salud entró a ser financiada por el Estado, los patrones y los trabajadores. Después de la segunda guerra mundial, el derecho a la salud incluído como un derecho universal que no solamente benefició a la clase trabajadora sino también a grupos vulnerables sin capacidad de pago, por lo que debía financiarse tanto con recursos públicos como con ingresos provenientes de la solidaridad de los grupos sociales afiliados. Así entonces, los diferentes modelos de Estado también han marcado distintas políticas en materia de salud de los administrados y han organizado diseños disímiles de prestación de los servicios que oscilan entre la asistencia pública del servicio de salud y la prestación exclusivamente privada de los mismos, pretensión ésta del modelo neoliberal.

- Respecto al concepto del derecho a la libre escogencia en el sistema de seguridad social en salud, esa Corporación ha sostenido que la libre escogencia de Empresas Promotoras de Salud o de Instituciones Prestadoras de Servicios puede catalogarse como principio del sistema de salud, un derecho del afiliado y una característica del sistema de la seguridad social en salud, que consiste en la facultad que tienen todos los afiliados (tanto los del régimen contributivo como los del régimen subsidiado) a escoger, entre las diferentes alternativas de servicios ofrecidos, la entidad que administrará y la que prestará los servicios establecidos en el Plan Obligatorio de Salud, por lo que configura una serie de deberes de obligatoria observancia para los prestadores del servicio público, y si bien la libre escogencia de las empresas o entidades prestadoras del servicio de salud tiene origen en la regulación legal no quiere decir que ese derecho no sea objeto de protección constitucional.

- Frente al derecho a la libre escogencia de IPS señaló la Corte que si bien es cierto que para hacer efectivo el derecho a la libre escogencia de entidades prestadoras del servicio, el sistema de seguridad social debe ofrecerle a los usuarios distintas alternativas de elección, también lo es que este derecho de libertad no es absoluto porque está limitado por la oferta de servicios y la capacidad instalada de los prestadores del servicio, y siguiendo el principio general según el cual dentro de un Estado Social de derecho los derechos y garantías no tienen un carácter absoluto, el derecho a la libre escogencia ha sido objeto de una regulación jurídica que impone el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos para que pueda ejercerse en forma razonable. En consecuencia, a pesar de que el ejercicio del derecho a la libre escogencia de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicio goza de protección legal y constitucional, tanto para los afiliados al régimen contributivo como para los afiliados al régimen subsidiado, su garantía no es absoluta porque el legislador puede imponer limitaciones a su ejercicio, siempre que éstas sean razonables y proporcionadas.

- La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado en múltiples oportunidades que la correcta interpretación del artículo 13 superior no supone la prohibición del trato diferente sino el impedimento del trato discriminatorio, esto es, el trato jurídico distinto a supuestos fácticos iguales sin razón suficiente que lo justifique constitucionalmente, y que en casos como el presente la intensidad del juicio de razonabilidad debe ser intermedio, por cuanto si bien se regula el derecho fundamental del afiliado a escoger con autonomía la Institución Prestadora del Servicio de salud, toca aspectos propios de la libertad de configuración normativa del legislador en el diseño del sistema de seguridad social en salud, como es el caso de la naturaleza jurídica del prestador directo del servicio público, dentro del esquema mixto escogido por el Constituyente, de donde se tiene que la medida adoptada por el legislador persigue finalidades constitucionalmente importantes y se apoya en objetivos válidos

constitucionalmente, resultando proporcional y razonable porque no sacrifica el derecho a la igualdad de manera grave o innecesaria, se protege el interés general y el trato diferente se encamina a proteger a los afiliados del régimen subsidiado, asegurándoseles la prestación directa del Estado de los servicios de promoción y prevención en salud con eficiencia, calidad y universalidad.

- Respecto de la limitación de la autonomía de la voluntad privada en defensa del derecho a la salud, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que los derechos a la libertad de empresa y a la libertad económica de las empresas particulares prestadoras del servicio público de salud no son absolutos y, por el contrario, encuentran claras limitaciones en la protección del interés general y la eficacia del derecho fundamental a la salud. Así, en tratándose del servicio público de salud la intervención del Estado es intensa y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica, sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones, la intervención del Estado en los servicios públicos en general y la atención de la salud en particular.
- Frente al derecho a la libertad de empresa en el servicio público de salud, señaló la Corte encuentra que las disposiciones normativas acusadas responden a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que permiten concluir que la limitación al derecho a la libertad de empresa de las Instituciones Prestadoras de Servicios de carácter privadas que, en primera instancia, no pueden ser contratadas por la Empresas Promotoras de Salud del régimen subsidiado para prestar los servicios de promoción y prevención en salud, son válidas constitucionalmente, dado que dicha limitación persigue fines constitucionales que justifican la restricción de la libertad económica, el medio escogido para alcanzar este fin no sólo no está prohibido por la Constitución sino que constituye un claro desarrollo y resulta idóneo y necesario para lograr las finalidades constitucionales estudiadas, y finalmente, la medida limitativa de la libertad económica no resulta desproporcionada, en cuanto no elimina el modelo de libre empresa y de libre competencia diseñado por el legislador, pues la restricción de la participación de las empresas particulares prestadoras de los servicios de promoción y prevención de enfermedades solamente opera para el régimen subsidiado y no las excluye del mercado, ni impide su participación en el régimen contributivo. Incluso, en caso de incapacidad de las E.S.E. para prestar los servicios o de incumplimiento de los deberes contratados, las Instituciones Prestadoras de Servicios particulares bien pueden contratar con las E.P.S-S. la prestación de los servicios a que hace referencia el literal f) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, lo cual evidencia que no se sacrifican gravemente los derechos económicos en juego.

- La finalidad que tiene de la norma al establecer el requisito de la autorización previa del Ministerio de la Protección Social para efectos de contratar con I.P.S. diferentes de las E.S.E. los servicios de promoción y prevención en salud es la de garantizar el adecuado uso de los escasos recursos económicos que alimentan el SGSSS, evitando que los mismos se despilfarren o desvíen por efectos de la corrupción administrativa, e incluso, por la presión de los grupos armados ilegales, habida cuenta de las dos excepciones que la medida consagra (incapacidad e incumplimiento de labores previamente contratadas) para casos en los que objetivamente el Estado no ha tenido la capacidad o la solvencia para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de la población más pobre del país. Encuentra la Sala que la intervención del Ministerio de la Protección Social en los casos previstos en la norma acusada, constituye una medida idónea y necesaria para lograr la eficacia del derecho a la salud de los afiliados al régimen subsidiado cuando, en determinada entidad territorial, las Empresas Sociales del Estado no tienen la capacidad instalada o han demostrado incumplimiento de contratos acordados para prestar adecuada, continua y eficientemente los servicios de promoción y prevención en salud, y resulta razonable y proporcional, porque no sacrifica valores y principios constitucionalmente protegidos, que el legislador hubiere permitido a dicho ministerio la valoración de idoneidad y capacidad de las Empresas Sociales del Estado. Por lo tanto, la intervención del Ministerio de la Protección Social en las situaciones previstas en el literal f) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, se ajusta a la Constitución, siéndole aplicable al Ministerio como término para contestar la solicitud el contemplado en las reglas generales previstas por el Código Contencioso Administrativo.