

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-197 de  
2012 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

*Si el artículo 52.1 de la ley 1438 desconoce los artículos 49 y 333 de la Constitución, en tanto limita la posibilidad de celebrar contratos de pago por capitación entre EPS e IPS o profesionales, esto es, prevé que en adelante solamente se podrá acudir a esta modalidad contractual para los servicios médicos de baja complejidad.*

**Magistrado Ponente**

**Dr. Luís Ernesto Vargas Silva**

**Análisis del CEDEC**

**Por:**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., 2020**

**ÍNDICE**

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>2. NORMA ACUSADA.....</b>	<b>3</b>
<b>3. PROBLEMA JURÍDICO .....</b>	<b>8</b>
<b>4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>9</b>
<b>5. DECISIÓN .....</b>	<b>10</b>
<b>6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES .....</b>	<b>11</b>

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-197 DE 2012 DE LA CORTE  
CONSTITUCIONAL**

*Si el artículo 52.1 de la ley 1438 desconoce los artículos 49 y 333 de la Constitución, en tanto limita la posibilidad de celebrar contratos de pago por capitación entre EPS e IPS o profesionales, esto es, prevé que en adelante solamente se podrá acudir a esta modalidad contractual para los servicios médicos de baja complejidad.*

**Magistrado Ponente**

**Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub**

**1. Introducción**

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Jairo José Arenas Romero demandó el artículo 52.1 de la ley 1438 de 2011. La demanda fue inicialmente inadmitida por el Magistrado Sustanciador, por falta de claridad y suficiencia. El actor corrigió oportunamente su demanda y ésta fue admitida mediante auto del 26 de mayo de 2011.

**2. Normas demandadas**

A continuación, las normas demandadas y, subrayado, los apartes por los cuales se solicitó la referida inconstitucionalidad:

“LEY 1438 DE 2011  
(enero 19)  
Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011

‘Por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones’

(...)

ARTÍCULO 52. *CONTRATACIÓN POR CAPITACIÓN*. Se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud:

52.1 Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el

asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación.”

## **La Demanda**

El demandante considera que el artículo 52.1 de la ley 1438 de 2011 vulnera los artículos 13, 48, 49, 84, 209 y 333 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

Indicó que la disposición desconoce el artículo 48 superior, ya que restringe injustificadamente las formas de contratación del sistema de salud, y de este modo atenta contra el principio de eficiencia. Resaltó que la forma de contratación que se restringe, además de ser la más eficiente, es la de mayor uso. Explicó que esto se debe a sus ventajas, tales como:

*“(…) mayores garantías de contención de costos, mayores incentivos para la realización de actividades de promoción y prevención, menos frecuentes y severos mecanismos de control por parte de las EPS, promueven la búsqueda de efectividad de las actividades de Promoción y Prevención, acercamiento del sector salud con los pacientes, se beneficia de los estudios de tipo epidemiológico y demográfico, necesarios para la planeación de actividades sectoriales, posibilita servicios con UPC diferenciales, por rangos de edad y género, etc.”*

Teniendo en cuenta estos beneficios, aseveró que el legislador no puede restringir esta forma de contratación sin una razón suficiente, y que al hacerlo, creó *“(…) en la realidad y de manera objetiva perjuicios para el sistema de salud, que lejos de ser más eficiente con la norma que se demanda, pierde un instrumento que le permite alcanzar en mayor grado la eficiencia”*.

Adujo que la disposición también lesiona los artículos 49 y 209 superiores, toda vez que la restricción que contiene no es idónea, pues no persigue fines constitucionales. En este punto, el actor expresó:

*“Uno de los requisitos con los que debe cumplir la configuración legal del estado en materia de seguridad social es que debe obedecer al desarrollo de principios constitucionales específicos como la solidaridad, la universalidad y la eficiencia en la prestación del servicio, por lo tanto las medidas que se tomen deben resultar idóneas para alcanzar tales finalidades, no obstante no se entiende en qué medida la prohibición de uso de la contratación por capitación protege los derechos de los pacientes, o garantiza la utilización óptima de los recursos.*

*Si bien la preocupación fundamental del legislador es que se refiere a la posible intermediación por la cual la IPS puede terminar asumiendo responsabilidades que por ley le corresponden a las EPS en calidad de aseguradora, resulta contraevidente que se busque tal objetivo mediante la prohibición de una forma de colaboración empresarial cuya relación con el principio de eficiencia es evidente.”*

Finalmente, el demandante argumentó que la disposición censurada desconoce el artículo 333 de la Carta, pues limita la libertad económica en tanto *“atenta contra la finalidad fundamental para la cual fue autorizada la participación de las EPS privadas, esto es satisfacer el objetivo común de generar el mejor uso de los recursos económicos y a su vez tener una ganancia legítima, pues claramente la contratación por capitación posibilita ambos objetivos”*. Agregó que al amparo del artículo 333 superior, *“[l]as EPS e IPS deben estar en libertad de convenir la forma de contratación y pago que más se ajuste a sus necesidades e intereses, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de habilitación y operación de servicios”*

## INTERVENCIONES

### Ministerio de la Protección Social

El representante del antiguo Ministerio de la Protección Social solicitó que la disposición demandada fuera declarada **exequible**, pues aseguró que el precepto **(i)** fue adoptado de conformidad con las amplias facultades de regulación que la Constitución otorga a Congreso en materia de seguridad social; **(ii)** no atenta contra el núcleo esencial de la libertad económica, pues permite a los particulares acordar las cláusulas del contrato; **(iii)** en tanto conmina al prestador y al asegurador a reportar con oportunidad y calidad la información de los servicios de baja complejidad prestados y, en consecuencia, permite la mejor utilización de los recursos financieros disponibles, se dirige a mejorar la prestación de los servicios a los usuarios, es decir, contribuye a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud; y **(iv)** constituye una medida proporcionada, ya que, de un lado, protege a los usuarios y, de otro, no afecta excesivamente la libertad económica de las EPS, pues éstas puede en todo caso: *“(...) elegir las Instituciones Prestadoras de Salud con las que contratarán, fijar las cláusulas en el mecanismo de pago por capitación, para asegurar que el costo de los servicios facturados sea real y, objetar y glosar las facturas que presenten las Instituciones Prestadoras de Salud, entre otros.”*

### Superintendencia Nacional de Salud

La representante de la entidad solicitó a la Corte **inhibirse** de dictar un fallo de fondo o, en su defecto, declarar **exequible** la disposición demandada, por las razones que a continuación se resumen:

Indicó que el cargo por violación del artículo 333 superior se basa en una interpretación subjetiva del demandante y carece de claridad y especificidad, pues el afirmar que la colaboración empresarial es necesaria para el desarrollo del principio de libertad económica, *“(...) no me dice que viole el ordenamiento constitucional”*. En consecuencia, aseguró que *“(...) no hay un argumento del cual pueda valerse el demandante para afirmar que el numeral 52.1 de la Ley 1438 de 2001 (sic) vulnera el artículo 133 (sic) de la Constitución.”* Además, resaltó que el demandante no menciona las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales considera que el precepto *“(...) i) no garantiza los derechos fundamentales de los usuarios, no menciona a cuáles derechos se refiere, y qué*

*ii) restringe la libertad de negociar libre e independientemente los términos administrativos y económicos de sus 'relaciones contractuales'."*

A continuación, describió el origen y fundamento de la contratación por capitación. En este sentido, resaltó que este tipo de contrato nació en Inglaterra *"(...) bajo el argumento de que no se debe pagar por atender la enfermedad, sino por mantener la población sana."* Por ello, precisó que se basa en el concepto de enfermo potencial y no de enfermedad sentida, y su estrategia es la promoción y prevención para evitar que el paciente demande más servicios.

Sin embargo, explicó que por su configuración, *"[d]emanda un amplio conocimiento de las características de la población atendida, pues para poder calcular el pago por usuario, es necesario que se conozca de manera aproximada cual es el volumen de servicios que requerirá dicha población (perfil de morbilidad). Lo anterior implica que este servicio sea aplicado, ante todo, en los servicios médicos de baja complejidad, correspondiente a los casos en que se conocen esos patrones de comportamiento y se quiere garantizar la cobertura universal de los mismos."* Cuando se utiliza para estos eventos, señaló que esta modalidad contractual *"[g]arantiza un adecuado control de los costos de los servicios prestados, al incentivar a los Prestadores de Servicios de Salud a implementar mecanismos para evitar riesgos."*

También sostuvo que la contratación por capitación se utiliza en el caso de poblaciones dispersas a las que el pagador del servicio difícilmente puede hacerle seguimiento, como en las áreas rurales. En estos casos, indicó que esta modalidad contractual *"(...) hace recaer el control (de calidad y uso) sobre el prestador del servicio, facilitando con esto la labor de vigilancia del pagador."*

Finalmente, aseguró que aunque el monto de la capitación determina en buena medida la calidad del servicio y la adquisición de tecnología, el hecho de que en esta modalidad de contrato el riesgo recaiga sobre el prestador del servicio, *"(...) favorece la adquisición de tecnología con buena relación costo beneficio."*

Explicó cómo ha operado la contratación por capitación en Colombia. Al respecto, indicó que cuando esta modalidad contractual fue adoptada en el país, no se precisó para qué tipo de enfermedades se aplicaría, lo que condujo a una transferencia total del riesgo de las EPS a las IPS.

También señaló que un problema frecuente en estos acuerdos de voluntades es que las EPS contratan un nivel de atención con las IPS sin tener en cuenta los servicios de salud específicos que las IPS tienen habilitados en el respectivo nivel de complejidad. Explicó que ello lleva a que las IPS terminen subcontratando los servicios que no tienen, lo que genera una intermediación que es prohibida por la normativa. Por esta razón reiteró que la capitación solamente debe emplearse para servicios de baja complejidad.

Con fundamento en las anteriores explicaciones, afirmó que la disposición acusada no contiene una medida desproporcionada, ya que **(i)** *"(...) la existencia de una regulación*

*de determinadas operaciones de contratación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se muestra como una herramienta idónea y pertinente para cumplir con las finalidades estatales relativas a la prestación de los servicios de salud y a la relación contractual entre asegurador y prestador”; y (ii) “(...) la naturaleza misma del mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad incentiva promoción y prevención (propia de este nivel de atención) con el objeto de reducir los riesgos asociados a enfermedades más complejas”.*

### **Asociación Colombiana de Sociedades Científicas**

La entidad solicitó que la disposición demandada sea declarada **exequible**, por las siguientes razones:

Señaló que la contratación por capitación *“(...) ha llevado a la precariedad del servicio asistencial, poniendo en riesgo la vida de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto los precios pagados al contratista por afiliado no cubren los gastos que incurren las IPS o el profesional que contrata la prestación del servicio.”* Por ello, sostuvo que los contratistas, para garantizar un margen de utilidad, acuden a estrategias de prestación del servicio deficientes. En este sentido, explicó que el modelo lleva a la selección adversa de los pacientes por las IPS, lo cual no permite su atención oportuna. Expuso el siguiente ejemplo:

*“(...) cuando se logra acceder a la cita médica, ésta se programa para dentro de 10, 20 o 30 días después, con lo cual transcurre un término prudencial y es posible que desaparezca la sintomatología que dio lugar a la cita y el paciente decida cancelarla; también puede suceder que por lo prolongado del tiempo el afiliado opte por automedicarse o sufragar a su costa los gastos que demande el servicio, o que no pida la cita porque es muy prolongado el tiempo que ha de esperar para ser atendido o en algunos casos, llegue primero el deceso que la adecuada atención integral a la cual tiene derecho el paciente. De esa manera e disminuyen los eventos y se incrementa el ingreso a favor de la IPS o del profesional que ha contratado bajo la modalidad de la capita la prestación del servicio médico asistencial.”*

Explicó que la capitación se ha empleado en el país como forma de trasladar el riesgo, lo cual ha traído consecuencias adversas para todos los participantes en el sistema:

*“(...) a los usuarios al ponerlos en riesgo de un mal servicio, a los prestadores al trasladarles el riesgo de forma no técnica o generarles riesgos que ellos no pueden asumir o incluso ponerles en peligro su estabilidad financiera; y al asegurador ya que tendrá buenos o malos resultados económicos a corto plazo dependiendo hacia dónde sea el desfase del valor que paga por capitación pero seguramente tendrá que cambiar la red de prestadores frecuentemente, limitándola cada vez más, generando en los usuarios una percepción de falta de asistencia, dando como resultado su desafiliación y prestando un bajo servicio que ha ocasionado el aumento, cada vez mayor, de deserción del sistema.”*

Con fundamento en estas consideraciones, la asociación concluyó que el precepto demandado busca garantizar los derechos a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

### **Universidad del Sinu**

La universidad interviniente **defendió la constitucionalidad** de la disposición acusada de la siguiente forma:

Resaltó que la experiencia reciente ha mostrado que el modelo de libre mercado impulsado por las EPS falló y que, por tanto, debe promoverse un modelo de competencia regulada.

De otro lado, aseguró el precepto bajo estudio no desconoce la libre empresa, pues, por una parte, no impide la participación de los particulares y, por otra parte, no compromete la eficiencia del sistema.

### **Intervenciones extemporáneas**

El ciudadano José Darío Trigos Huertas, de forma extemporánea, coadyuvó la demanda bajo el argumento de que la limitación de la libertad contractual contenida en el precepto demandado no es razonable, ya que afecta la eficiencia y el propósito de ampliación progresiva del sistema. Al respecto, afirmó:

*“(...) la figura de la capitación se ha mostrado como una forma de racionalización de los servicios de salud, haciendo que los prestadores operen de forma más eficiente, tanto desde el punto de vista económico como técnico-científico, de tal manera que se generan ahorros significativos para un Sistema cuyo punto flaco ha demostrado ser precisamente el de su sostenibilidad, y garantizando una mayor resolutivez en las atenciones en salud que se reflejan en mejores indicadores de calidad y beneficios para los pacientes”* (negrilla original).

### **Concepto del Ministerio Público**

El Procurador General de la Nación solicitó a la Corte **inhibirse** por ineptitud de la demanda, pues, en su criterio, la demanda *“(...) no está acompañada de un verdadero concepto de violación”*. Aseguró que el demandante *“[e]n lugar de confrontar el contenido legal con los preceptos constitucionales, (...) construye un discurso sobre la conveniencia económica de la institución de pago por capitación, y sobre la relación de esta conveniencia económica con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”*; y precisó que *“[e]l que una norma sea más o menos conveniente desde el punto de vista económico”* no la hace per se inconstitucional.

## **3. Problema Jurídico**



Corresponde a la Sala determinar si el artículo 52.1 de la ley 1438 desconoce los artículos 49 y 333 de la Constitución, en tanto limita la posibilidad de celebrar contratos de pago por capitación entre EPS e IPS o profesionales, esto es, prevé que en adelante solamente se podrá acudir a esta modalidad contractual para los servicios médicos de baja complejidad.

#### 4. *Consideraciones de la Corte Constitucional*

La Sala observa que el precepto demandado se ajusta a la Carta, por las siguientes razones: **en primer lugar**, si bien es cierto implica una limitación de la libertad de empresa de las EPS e IPS, se trata de una limitación proporcionada en los términos de la jurisprudencia constitucional; y **en segundo lugar**, en lugar de afectar la eficiencia del sistema, la promueve. Las premisas de estas conclusiones son desarrolladas a continuación:

Como se indicó en apartes previos, el Legislador no solamente goza de libertad para configurar el SGSSS, sino que además tiene un deber reforzado de intervención con el fin de asegurar que el sistema cumpla con su objetivo de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. En virtud de estas competencias, el Legislador debe establecer las condiciones bajo las cuales los particulares pueden participar en la operación del sistema y, por esta vía, puede limitar sus libertades económicas, por su puesto siempre y cuando no anule sus contenidos básicos y lo haga con sujeción al principio de proporcionalidad.

En este caso, la Sala observa que si bien es cierto por medio del artículo 52.1 el Legislador limitó la libertad económica de las EPS e IPS, especialmente su libertad contractual, en tanto dispone que en adelante solamente podrán celebrar contratos de pago por capitación en relación con servicios médicos de baja complejidad, **dicha limitación es proporcionada**, por las siguientes razones:

**En primer término**, de conformidad con las consideraciones previas, la medida contenida en el precepto acusado es **idónea**, pues, de un lado, se dirige a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, es decir, un fin no solamente importante sino imperioso a la luz de la Constitución, y, de otro, emplea un medio adecuado para el efecto.

Ciertamente, la medida **(i)** busca que evitar que mediante la celebración de este tipo de contratos, las EPS trasladen a las IPS la gestión del riesgo, en particular respecto de los servicios de los niveles medio y alto de complejidad, y de esta manera aumenten de costos de administración del sistema. **(ii)** Por esta misma vía, persigue la adecuada, eficiente y oportuna prestación de los servicios médicos tanto de baja complejidad, como de mediana y alta. En el caso de los servicios de mediana y alta complejidad, mediante la prohibición de su contratación por la modalidad de pago por capitación, con el fin de impedir la subcontratación no necesaria y evitar prácticas lesivas de los derechos de los pacientes, tales como la dilación en la asignación de citas con

especialistas o la negación del servicio. Respecto de los servicios de baja complejidad, mediante la promoción de precisamente esta modalidad contractual, la cual ha demostrado ser muy útil para estos casos, ya que incentiva a las IPS a realizar actividades de promoción y prevención para disminuir la demanda de servicios. **(iii)** También se dirige a preservar la estabilidad financiera de las IPS y, de esta manera, a asegurar la pluralidad de oferentes de servicios médicos –requisito para la realización del principio de libre elección, debido a que evita que las IPS asuman costos de servicios médicos de media y alta complejidad que no fueron previstos en el contrato original.

Por otra parte, el medio elegido por el Legislador es apropiado, pues impide que en lo sucesivo el contrato de pago por capitación se celebre para los servicios médicos para los que no fue diseñado.

**En segundo término**, la medida es necesaria, puesto que, según la información suministrada por el antiguo Ministerio de la Protección Social, las medidas de control que se habían adoptado previamente no mostraron resultados definitivos en la disminución de las malas prácticas asociadas a esta modalidad contractual.

**En tercer término**, la medida es proporcionada en estricto sentido, ya que, de un lado, contribuye a garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, así como los principios de eficacia y eficiencia que rigen la seguridad social; y, de otro, si bien limita la libertad de empresa, no anula sus contenidos básicos. En efecto, la medida no establece un trato discriminatorio entre competidores que se hallen en la misma situación; tampoco limita el derechos de las EPS e IPS a concurrir al mercado de servicios de salud; no implica una intromisión en los asuntos internos de la organización; si bien limita sus métodos de gestión, no le impide la ejecución del objeto social; y tampoco impide a las EPS e IPS obtener un beneficio económico razonable por el ejercicio de sus actividades.

En relación con el cargo de violación del principio de eficiencia, la Sala encuentra que tampoco es de recibo, pues por las razones antes expuestas, la medida contenida en el precepto acusado, lejos de afectar la eficiencia del SGSSS, la promueve. En este punto es importante resaltar que la eficiencia en materia de salud no puede valorarse solamente en términos económicos, sino que exige un examen de los resultados en términos de los contenidos del derecho fundamental a la salud.

## 5. Decisión

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

- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 52.1 de la ley 1438 de 2011, por las razones expuestas en esta providencia.

## 6. Análisis y conclusiones

La sentencia objeto de estudio permite advertir lo siguiente:

- La Corte ha sostenido que el artículo 333 reconoce dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia. La libertad de empresa es la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros. Para garantizar la libre competencia, el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios.
- Respecto de las libertades económicas señaló la Corte que no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público. Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que estas libertades no son absolutas y que el Estado tiene la obligación de intervenir en la economía para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad, la Corte ha precisado que las libertades económicas pueden ser limitadas.
- Indicó adicionalmente que el Estado tiene las siguientes funciones dentro del sistema: (...) para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP),

cumplir las siguientes obligaciones: (i) organizar, (ii) dirigir y (iii) regular la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su vigilancia y (vi) control; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema.