

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-869 de  
2010 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

*Imposición de Porcentaje Mínimo de Contratación con las Instituciones Públicas  
de Salud.*

**Magistrado Ponente**

**Dr. Luis 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>5</b>
<b>4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>5</b>
<b>5. DECISIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES .....</b>	<b>7</b>

## **RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-869 DE 2010 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

### ***Imposición de Porcentaje Mínimo de Contratación con las Instituciones Públicas de Salud.***

#### **Magistrado Ponente**

**Dr. Luis Ernesto Vargas Silva**

#### **1. Introducción**

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución, el ciudadano Luis Ferney Moreno Castillo, solicita a la Corte que declare la inexecutable de los artículos 16 y 26 (parciales) 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.”*

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procedió la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

#### **2. Normas demandadas**

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16 y 26 (parciales) 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.”*

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

- **Artículo 16. Contratación en el Régimen Subsidiado y EPS Públicas del Régimen Contributivo.** *Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%). Lo anterior estará sujeto al cumplimiento de requisitos e indicadores de calidad y resultados, oferta disponible, indicadores de gestión y tarifas competitivas. Las Entidades Promotoras de Salud de naturaleza pública del*

Régimen Contributivo, deberán contratar como mínimo el 60% del gasto en salud con las ESE escindidas del ISS siempre y cuando exista capacidad resolutoria y se cumpla con indicadores de calidad y resultados, indicadores de gestión y tarifas competitivas.

El Ministerio de la Protección Social reglamentará este artículo de tal manera que permita la distribución adecuada de este porcentaje en los diferentes niveles de complejidad, teniendo en cuenta la diversidad de las diferentes Entidades Territoriales.

Parágrafo. Se garantizarán los servicios de baja complejidad de manera permanente en el municipio de residencia de los afiliados, salvo cuando a juicio de estos sea más favorable recibirlos en un municipio diferente con mejor accesibilidad geográfica.

- **Parágrafo 2°.** Adicionado por la Ley 1151 de 2007, artículo 44. Las fundaciones sin ánimo de lucro que prestaron servicios como parte de la red hospitalaria pública, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, podrán tener las mismas consideraciones contempladas en el presente artículo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.
- **Artículo 26. De la prestación de servicios por parte de las instituciones públicas.** La prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se hará a través de Empresas Sociales del Estado (ESE) que podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud. En todo caso, toda unidad prestadora de servicios de salud de carácter público deberá hacer parte de una Empresa Social del Estado, excepto las unidades de prestación de servicios de salud que hacen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y de aquellas entidades públicas cuyo objeto no es la prestación de servicios de salud. En cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios integrante de una ESE.
- **Parágrafo 1°.** Cuando por las condiciones del mercado de su área de influencia, las ESE no sean sostenibles financieramente en condiciones de eficiencia, las entidades territoriales podrán transferir recursos que procuren garantizar los servicios básicos requeridos por la población, en las condiciones y requisitos que establezca el reglamento.
- **Parágrafo 2°.** La Nación y las entidades territoriales promoverán los servicios de Telemedicina para contribuir a la prevención de enfermedades crónicas, capacitación y a la disminución de costos y mejoramiento de la calidad y oportunidad de prestación de servicios como es el caso de las imágenes diagnósticas. Especial interés tendrán los departamentos de Amazonas, Casanare, Caquetá, Guaviare, Guainía, Vichada y Vaupés.

### **3. Problema Jurídico**

La disposición legal del sistema general de seguridad social en salud que obliga a una contratación mínima del 60% del gasto para atención en salud de las EPS-S con las ESE, y que impone igual restricción para las EPS públicas del régimen contributivo respecto de la ESE escindidas del seguro social, de acuerdo con las condiciones previstas en dicha normatividad, viola la libertad de empresa, la libre iniciativa económica y los principios de eficiencia, calidad y libre escogencia del sistema de salud?

#### **Consideraciones de la Procuraduría General de la Nación**

En concepto del Procurador General, las ESE son integrantes del sistema de salud que responde a finalidades distintas que otros agentes de naturaleza privada, lo que amerita también un tratamiento jurídico diferente. A su juicio, *“es obvio que una empresa social no se puede equiparar, como se ha puesto de presente en este caso, a una empresa industrial o comercial, así sea del Estado. Las empresas sociales son indispensables para asegurar la cobertura, pues existen nichos de mercado en los cuales las empresas industriales o comerciales, no tienen interés de participar, dada la poco lucrativa relación costo beneficio. Por lo tanto, no es dable aducir que hay una discriminación injustificada, ya que no son empresas equiparables.”*

Por último, la medida legislativa es compatible con la libertad de empresa, pues no se opone a la concurrencia efectiva de las EPS-S al mercado de atención en salud, escenario que en todo caso está altamente intervenido por el Estado, a fin de cumplir con las finalidades y objetivos del SGSSS, en especial el goce efectivo del derecho a la salud. Para el asunto bajo estudio, si bien se está ante una restricción a las facultades de contratación de las EPS-S, en todo caso la misma es razonable, pues busca satisfacer los derechos de los usuarios.

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

La Corte que se declare inhibida para adoptar un pronunciamiento de fondo respecto del aparte acusado del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, debido a la ineptitud sustantiva de la demanda, derivada de la ausencia de cargo de constitucionalidad específico contra dicho contenido normativo, puesto que encuentra que las censuras planteadas por el actor se concentran en cuestionar las reglas contenidas en el inciso primero del artículo 16 *ejusdem*, pero en ningún caso dichos cuestionamientos son predicables del otro precepto demandado.

El asunto relativo a la constitucionalidad de las normas legales que regulan el SGSSS, las cuales prevén la obligación de las entidades promotoras de salud de suscribir un porcentaje mínimo de contratación con las instituciones prestadoras que integran la red pública de atención, la Corte puso de presente que de acuerdo con lo previsto en el

artículo 48 y 49 de la Constitución, era competencia del legislador determinar si la seguridad social en salud sería prestada por instituciones públicas o con participación privada, para lo cual tendría en cuenta los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que guían al sistema. Esto máxime cuando el artículo 365 de la Carta dispone que la prestación de los servicios públicos está sometida al orden jurídico y a la regulación, control y vigilancia del Estado.

El cargo formulado contra esa regulación señaló que las obligaciones impuestas por el precepto eran incompatibles con la libertad de empresa y la libre iniciativa económica, en la medida en que, al imponerse un deber de contratación mínima con la red pública, se coartaba la facultad de las administradoras del régimen subsidiado de *“organizar los factores de producción”* destinados a la prestación del servicio de salud.

A partir de esta premisa, la Corte puso de presente cómo el control estatal sobre el SGSSS conllevaba, entre otros asuntos, la facultad para definir los agentes que prestarían el servicio de salud, los cuales podían ser enteramente estatales o con la concurrencia de empresas de derecho privado, modelo este último que había adoptado la Ley 100/93.

En referencia concreta el precepto demandado, la Corte advirtió que su alcance incidía necesariamente en el régimen contractual del sistema de salud subsidiada, pues imponía un mínimo de contratación obligatoria a favor de las entidades de la red pública.

No obstante, dicha potestad de regulación, a pesar de su amplitud, no tiene carácter ilimitado, sino que a su vez debe compatibilizarse con otros principios constitucionales igualmente relevantes, entre ellos la libre competencia y la libertad de escogencia por parte del usuario.

Por otra parte la fórmula escogida por el Constituyente es clara en establecer la concurrencia entre el Estado y los particulares, pues los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución muestran que no se optó por un sistema de salud estrictamente público ni puramente privado, por lo que el legislador puede *“aceptar la intervención de los particulares en la prestación del servicio, o librarlo a la sola actividad de las entidades públicas”*.

## **5. Decisión**

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

- INHIBIRSE de adoptar una decisión de fondo respecto del inciso primero del artículo 26 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”, en razón de la ineptitud sustantiva de la demanda contra ese precepto.

- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, el inciso primero del artículo 16 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.*

## 6. Análisis y conclusiones

La sentencia objeto de estudio deja ver lo siguiente:

- Para resolver la censura propuesta, la Corte partió por advertir, que las reglas constitucionales sobre la participación en el mercado de las empresas promotoras de salud no podían verse exclusivamente desde el punto de vista de los componentes de las libertades económicas, reguladas en el artículo 333 C.P., sino que también debían incorporarse al análisis las estipulaciones contenidas en los artículos 48, 49 y 362 C.P.
- Las normas antes mencionadas otorgaban al Estado el control del servicio público de salud y, en consecuencia, la posibilidad de definir mediante normas legales la estructuración de las diversas instituciones e instancias que lo componen, en aras de garantizar la prestación de la atención médica asistencial de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad.
- La Corte, encuentra que la propia norma acusada suministra los elementos de protección necesarios de los bienes constitucionales en juego frente a disposiciones como la que es objeto de análisis tanto para garantizar la eficiencia del servicio como las condiciones de equilibrio en la operación del mismo
- La seguridad social en salud es una modalidad de servicio público que *(i)* está sometido al control, vigilancia y coordinación del Estado; *(ii)* debe prestarse de manera tal que cumpla tanto con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.
- En cuanto al arreglo institucional del SGSSS, la Constitución fija reglas definidas acerca de la posibilidad que la atención médica sea prestada por instituciones públicas o con concurrencia de sociedades privadas, conservándose en cualquier caso el direccionamiento y control estatal
- El Estado debe asegurar que los particulares que concurren al mercado de atención en salud puedan prestar sus servicios en condiciones equitativas, protegiéndose las libertades económicas.