Sentencia C-037/08

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda respecto del cargo por la supuesta violación del artículo 78 de la Constitución/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL PARCIAL-Configuración

SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público de carácter obligatorio/SEGURIDAD SOCIAL-Derecho irrenunciable

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Concepto

DEFENSORIA DEL USUARIO EN SALUD-Creación, relación jerárquica, estructural y funcional

PRINCIPIO DE SEPARACION DE FUNCIONES ENTRE ORGANOS DEL ESTADO-Alcance

La función de orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado que atribuye la Constitución al Defensor del Pueblo es distinta de la que la norma atribuye al Defensor del Usuario en Salud, además que la función del Defensor del Pueblo se refiere a todo el ámbito de la prestación de los servicios públicos, mientras que la función del Defensor del Usuario en Salud sólo atañe a este campo.

DERECHO DE PARTICIPACION DE USUARIOS DEL SERVICIO DE SALUD-Consolidación mediante mecanismos de naturaleza y fines sociales

Los usuarios del servicio público de salud tienen el derecho y el deber de participar en la organización y control de las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre ellas las Empresas Promotoras de Salud, EPS, y tanto el legislador como el Gobierno Nacional tienen la función de establecer los mecanismos correspondientes, que son de naturaleza y fines sociales. Sin embargo, dichos mecanismos sociales de participación, entre los cuales tienen papel preponderante las asociaciones de usuarios de los servicios de salud, no pueden excluir la creación de mecanismos de protección de los mismos, ni, en general, la creación de mecanismos de protección de los usuarios de los servicios públicos, por parte del Estado, por ser todos éstos de interés general y, más aún, por tener una parte de los mismos naturaleza esencial según definición del propio legislador, como lo señala expresamente el Art. 152 de la Ley 100 de 1993 respecto del servicio de salud. La creación del Defensor del Usuario en Salud en el Art. 42 de la Ley 1122 de 2007, con la función allí prevista, no es contraria al derecho de asociación de los usuarios del servicio público de salud ni al derecho de participación de las asociaciones de los mismos y, por el contrario, protege sus derechos e intereses de conformidad con los preceptos superiores indicados. En consecuencia, el cargo resulta sin fundamento.

DEFENSORIA DEL USUARIO EN SALUD-Reglamentación/PRINCIPIO DEMOCRATICO-Efecto universal y expansivo

En la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social sobre el número de Defensores de Usuarios en Salud y de su elección por los usuarios, deberán preverse unas garantías electorales democráticas mínimas, en particular el voto libre y la adjudicación de los escaños en forma proporcional a los votos obtenidos por cada lista, esto último con el fin

de garantizar la representación de las minorías.

USUARIOS DE SERVICIOS DE SALUD-Formulación de quejas/PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO-Configuración

Los usuarios de los servicios de salud podrán formular sus quejas o reclamaciones, relacionadas con la prestación de los mismos, ante la Superintendencia Nacional de Salud, así como también instaurar las acciones judiciales correspondientes, entre ellas la acción de tutela, ante las autoridades competentes, directamente y con independencia de la actuación que adelanten o que puedan adelantar ante el Defensor del Usuario en Salud

FUNCION ADMINISTRATIVA-Al servicio de los intereses generales

DEFENSOR DEL USUARIO EN SALUD-Deber de acatar y hacer cumplir las decisiones de la Corte Constitucional

El Defensor del Usuario en Salud en el ejercicio de las funciones previstas en la norma demandada tiene el deber no solo de acatar sino también de hacer efectivo el cumplimiento, por parte de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de las decisiones de esta corporación en relación con la prestación de los servicios de salud, tanto en materia de control abstracto de constitucionalidad de las normas legales, que tienen un efecto obligatorio general (erga omnes), como en materia de acciones de tutela, que en principio tienen un efecto obligatorio particular.

Referencia: expediente D-6913

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 42 de la ley 1122 de 2007

Demandante: Alejandro Páez Estrada

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Alejando Páez Estrada presentó demanda contra el Art. 42 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 constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la disposición demandada, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial No. 46.506 del nueve (9) de enero de dos mil siete (2007):

ARTÍCULO 42. DEFENSOR DEL USUARIO EN SALUD. Créase la figura del defensor del usuario en salud que dependerá de la Superintendencia Nacional de Salud en coordinación con la Defensoría del Pueblo. Su función será la de ser vocero de los afiliados ante las respectivas EPS en cada departamento o en el Distrito Capital, con el fin de conocer, gestionar y dar traslado a las instancias competentes de las quejas relativas a la prestación de servicios de salud.

Créase el fondo-cuenta, dependiente de la Superintendencia Nacional de Salud, encargado de recaudar y administrar los recursos destinados a la financiación de los costos que demande la defensoría del usuario. Dicho fondo se alimentará con los recursos girados por las EPS para el sostenimiento del mismo. El Ministerio de la Protección Social reglamentará todo lo relacionado con el número de defensores, la elección de los mismos quienes deben ser elegidos por los usuarios y la forma como deben contribuir, cada EPS para la financiación de dicho Fondo.

III. DEMANDA

El demandante considera que la disposición impugnada vulnera los artículos 1°, 2°, 38, 78, 113, 121, 209 y 338 de la Constitución Política, por lo que debe ser declarada inexequible. Sustenta su petición en los siguientes argumentos:

1. Expresa que la disposición demandada vulnera "(…) la prohibición del ejercicio de funciones diferentes a las atribuidas y de la separación de funciones", pues la norma establece un marco general que desconoce que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud las actividades de conocer, gestionar y dar traslado a las instancias competentes de las quejas relativas a la prestación del servicio de salud, son desarrolladas por el Defensor del Pueblo, debido a una atribución constitucional y legal.

En efecto, el numeral 1º del artículo 282 de la Constitución Política señaló como funciones del Defensor del Pueblo "orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado".

Esta norma constitucional fue desarrollada mediante el artículo 9º de la ley 24 de 1992, que le atribuyó al Defensor del Pueblo la función de "[s]er mediador entre los usuarios y las empresas públicas o privadas que presten servicios públicos, cuando aquellos lo demanden en defensa de sus derechos que presuman violados"(Num. 23). Por tanto, por ser la seguridad social un servicio público de acuerdo con artículo 48 de la Constitución, la Defensoría del Pueblo tiene la función de recibir y tramitar de oficio o a petición de cualquiera persona las quejas relativas a la prestación del servicio de salud.

En este orden de ideas, al asignar la norma demandada al Defensor del Usuario en Salud la

función de actuar como vocero de los afiliados ante la respectiva Empresa Promotora de Salud, se permite que aquel ejerza funciones propias de la Defensoría del Pueblo, transgrediendo el artículo 121 de la Carta, que establece que "[n]inguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley". Así mismo, en la práctica el Defensor del Usuario en Salud no podrá desempeñar las funciones que se le atribuyen, debido a que están siendo cumplidas por la Defensoría del Pueblo, con base en su asignación por una norma anterior.

Expresa que esta confluencia de funciones en dos autoridades diferentes implica además una transgresión del artículo 113 de la Carta, que dispone que las funciones de los órganos del Estado deben ser separadas.

Sostiene que entre las actividades desarrolladas por las Asociaciones de Usuarios de Salud se destaca la de servir de voceras o mediadoras entre los afiliados y las Empresas Promotoras de Salud para dar a conocer, gestionar y dar traslado a las autoridades competentes de quejas relativas a la prestación de servicios de salud, función que es idéntica a la atribuida al Defensor del Usuario en Salud por la norma demandada. Indica que en esta forma se impide u obstaculiza que tales asociaciones cumplan esa función ante las mencionadas empresas y ante las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y, por tanto, se vulneran el principio de participación ciudadana y el derecho de asociación.

Añade que a ello se suma que las Asociaciones de Usuarios de Salud no fueron llamadas para participar en el estudio de la creación del Defensor del Usuario en Salud, lo cual contraría lo dispuesto en el Art. 78 superior, que establece que el Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

3. Expone que la disposición demandada quebranta el principio de la "imparcialidad de la función administrativa" contenido en el artículo 209 de la Constitución, en virtud del cual se debe garantizar a la comunidad que las decisiones en las que ella está involucrada sean objetivas, se apoyen en el principio de tratamiento igual a todas las personas y se sometan únicamente al imperio de la ley.

Expresa que según la disposición impugnada, el Defensor del Usuario en Salud, además de ser un órgano dependiente de la Superintendencia Nacional de Salud, será financiado mediante un fondo-cuenta encargado de recaudar y administrar los recursos económicos correspondientes, que también dependerá de dicha entidad. Ello implica que existirá una sujeción jerárquica de dicho Defensor a la mencionada Superintendencia, con lo que aquel no podrá obrar con independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, como debe hacerlo.

En este orden de ideas, la Superintendencia Nacional de Salud ejercería simultáneamente las funciones de inspección, vigilancia y control y la jurisdiccional que le asignó el Art. 41 de la misma ley, junto con la de vocero de los usuarios de los servicios de salud, esta última por intermedio del Defensor del Usuario en Salud como subordinado, atentando así contra el citado principio de imparcialidad.

4. Por último, el demandante señala que existe una "indefinición del sistema y método para

el recaudo de los recursos del fondo-cuenta y, la forma de hacer su reparto entre las EPS", punto que transgrede el artículo 338 de la Constitución Política, que establece la competencia exclusiva del Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, en tiempo de paz, para imponer contribuciones fiscales o parafiscales.

En este orden de ideas, si bien dicha disposición permite que se delegue en autoridades administrativas, como el Ministerio de la Protección Social, la definición de las tasas y contribuciones, también obliga a que se le indiquen los parámetros que permitan desarrollar dicha facultad. Alega que el artículo 42 demandado no estableció el sistema y método que deben seguirse para tal efecto, como tampoco la forma en que se hará el reparto de la tasa entre las distintas entidades obligadas.

Ahora bien, la salud es un servicio público y se encuentra sujeto a la intervención económica del Estado, tal y como lo dispuso el artículo 334 de la Carta. Al ser el Defensor del Usuario una actividad del Estado que interviene en la prestación de un servicio público, requiere una contraprestación denominada tasa. Para suplirla, se ha creado un fondo-cuenta que se sostendrá con los recursos girados por las EPS. Sin embargo, dicha regulación debe efectuarse conforme al artículo 150 numeral 21 de la Constitución Política que consagra que corresponde al Congreso hacer las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 ibídem, en las cuales deberá precisar sus fines, alcances y los límites a la libertad económica. Por tanto, la norma demandada debió precisar los fines y alcances de la regulación del Ministerio de la Protección Social sobre la contribución de cada EPS para la financiación de dicho Fondo, cosa que no hizo.

Por ello, la norma demandada, "(…) al prever que el Ministerio de la Protección Social está facultado para establecer la forma como debe contribuir cada EPS para la financiación del Fondo- cuenta mencionado, sin señalar el sistema y método que deben seguirse para tal efecto, al igual que la forma de hacer el reparto de la tasa entre las diferentes EPS (…)" vulnera el principio de legalidad tributaria sobre el cual se ha pronunciado la Corte, entre otras, en las Sentencias C-243 de 2005 y C-155 de 2003.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de la Protección Social

Mediante escrito radicado el 25 de septiembre de 2007, la ciudadana Berta Cecilia Ospina, obrando en nombre del Ministerio de la Protección Social, solicita a la Corte que se declare condicionalmente exequible la disposición demandada, con los siguientes fundamentos:

1. Manifiesta que la realidad material del ordenamiento jurídico ha acarreado que el legislador emplee una ficción, de uso frecuente y obligado en el Derecho, y que según criterio expresado por la Corte Constitucional en varias sentencias como la C-561 de 1997, C-674 de 1999, C-319 de 2002 y C-993 de 2006, puede expresarse como: ante la certeza de que no hay siquiera un especialista jurídico que conozca a cabalidad el área de su especialidad, es necesario exigir a cada uno de los miembros de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que tienen que ver con su conducta. Ante el intrincado laberinto jurídico, del que no escapa la Ley 1122 de 2007, que será desarrollada en gran

parte por la reglamentación, es menester que existan "(…) puentes para los ciudadanos que les permitan hacer valer sus derechos ante la administración pública y los particulares que prestan un servicio público (…)".

Ahora bien, gran parte de acciones de tutela instauradas por las personas en el territorio nacional –aproximadamente 400 mil personas- han sido interpuestas para salvaguardar los derechos a la vida e integridad física de los individuos frente a la resistencia de las EPS, que cuentan con un dominio absoluto de las condiciones en las que se ofrece el servicio de salud, que es un servicio público esencial. La vulneración de los derechos fundamentales por dichas entidades ha llegado al absurdo de no cumplir con los tratamientos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. "Por ello, la instauración de defensores en diversas materias constituye una de las fórmulas tendientes a permitir los efectos benéficos del conocimiento del derecho y de hallar un interlocutor válido que lo encause (sic)". Siendo un mecanismo tendiente a desjudicializar, en lo posible, ciertos temas que pueden ser solucionados mediante su intervención, amén de no ser una figura novedosa, pues existe también en materia tributaria.

Además de las anteriores razones que justifican la existencia del Defensor del Usuario, señala que en las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes no existen instancias que atiendan al ciudadano y reconsideren las decisiones que adoptan. Concatenado a lo anterior, "(…) la Superintendencia Nacional de Salud no cuenta, actualmente, con regionales por lo que su presencia, a través de un defensor, tiende a irrigar esa presencia estatal en todo el país. Constituye, sin duda, un mecanismo que se aúna a la vigilancia que dicha entidad debe desplegar y que se focaliza en un sector de los vigilados en virtud de la especial sensibilidad de los mismos. Adicionalmente, constituye una sumatoria de esfuerzos con la Defensoría del Pueblo con un cometido, a todas luces loable en el que el organismo de inspección, vigilancia y control brinda su experticia (sic) en la materia en apoyo al usuario".

2. En efecto, el artículo demandado crea una figura de defensa del usuario, sin perjuicio de la labor que despliega la Defensoría del Pueblo, pues aquella actuará en coordinación con dicha entidad. Por ende, se trata de un desarrollo del principio de colaboración armónica previsto en el artículo 113 de la Constitución. Se trata entonces de "(…)una sumatoria de esfuerzos en una temática que tiene unos altos visos de complejidad y de necesidad de oportunidad en su resolución[,] pues está de por medio la vida e integridad personal de los ciudadanos."

Por otra parte, el propósito del artículo 42 de la ley 1122 de 2007 no es otro que fortalecer la actividad estatal dentro de un organismo: la Superintendencia Nacional de Salud, la cual, como órgano de control, cumple una función esencial en un Estado Social de Derecho. Por ende, tampoco es de recibo el argumento de que el Defensor del Usuario afecta la labor que desplieguen las asociaciones de usuarios, pues se trata de una suma de acciones para garantizar el derecho a la salud de las personas.

3. Respecto de la naturaleza del aporte con destino a la Defensoría del Usuario en Salud señala que, dentro del esquema de recaudo contributivo al cual puede acudir el Estado con el fin de financiar dicha actividad, se trata de una tasa y no de una contribución parafiscal.

La Defensoría del Usuario depende de la Superintendencia Nacional de Salud, "[a]l analizar la norma en cuestión, se observa que el Defensor del Usuario constituye una extensión de la

labor de inspección, vigilancia y control. Asume una labor de recepcionamiento de quejas a nivel nacional para trasladar a las autoridades competentes, entre ellas la propia Superintendencia. (…)"; en este sentido, la figura de la subordinación de que trata el artículo demandado debe ser interpretada en el sentido de que la Defensoría está integrada a aquella entidad.

Manifiesta que, frente a la labor que cumplen las Superintendencias, la Corte Constitucional ha entendido que la contraprestación que se cobra tiene el carácter de una tasa, pues la vigilancia que ejerce dicha entidad es un servicio público, siendo aquella el mecanismo mediante el cual se financian algunos servicios públicos de carácter administrativo.

En esta forma, el sistema, método y linderos indicados en el artículo 338 superior en relación con las tasas deben ser entendidos dentro de una interpretación sistemática de las normas que regulan esa entidad, entre las cuales se encuentran las que establecen el marco respecto de los recursos que percibe. Así, el artículo 98 de la Ley 488 de 1998 establece que "[l]as entidades de derecho público o privadas (…), cancelarán una tasa anual destinada a garantizar el cumplimiento o desarrollo de las funciones propias de la Superintendencia respecto de tales entidades".

Afirma que dicho artículo también señala que el valor de la tasa será definido anualmente por el Gobierno Nacional, valor que incluirá la evaluación de los factores sociales, económicos y geográficos pertinentes. Con fundamento en las reglas que se definen en dicha ley, el Gobierno Nacional señalará el monto tarifario de la tasa, así como los coeficientes. En este orden de ideas "(…) no era imprescindible que la ley 1122 de 2007 se [detuviera] en el sistema y método[;] si dicha entidad contaba con una norma específica que establece los elementos propios de la tasa (…)", como son el hecho generador, la base gravable, la tarifa, el sujeto activo y el sujeto pasivo. Por esta razón, al efectuar una interpretación sistemática, se cumplen los elementos de la obligación tributaria exigidos en el artículo 338 de la Constitución.

Concluye que teniendo en cuenta el principio de conservación del Derecho, debe ser declarada exequible la norma demandada, señalando expresamente que debe ser interpretada con apoyo en los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico, en particular en el artículo 98 de la ley 488 de 1998.

2. Intervención de la Superintendencia Nacional de Salud

Mediante escrito radicado el 25 de septiembre de 2007, la ciudadana Yadira del Socorro Vega Orozco, obrando en nombre de la Superintendencia Nacional de Salud, solicita a la Corte que declare exequible la disposición demandada, con los siguientes fundamentos:

1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud, parte esencial del Estado Social de Derecho, tiene como objetivo cubrir, entre otras, las contingencias que menoscaben la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, para que sus derechos constitucionales y legales no se vean transgredidos. Para este fin, y con el objetivo de que el servicio público esencial de salud se preste de la manera más eficiente posible, el legislador concibió entidades especializadas: las Entidades Promotoras de Salud, que tienen como finalidad la administración idónea de recursos públicos por expresa delegación del Estado,

para la prestación del servicio público de salud.

En este orden de ideas, y por lo trascendente que resulta para el cabal cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, "(…) es vital para la efectividad del derecho a la salud que las Entidades Promotoras de Salud funcionen eficientemente, por lo tanto, cuando se compruebe que éstas no están cumpliendo efectivamente la normativa que rige el Sistema General de Seguridad Social en Salud, los organismos de inspección, control y vigilancia deben proceder a tomar las medidas policivas a que haya lugar, en forma inmediata, en aras a garantizar la salud a todos los colombianos mediante el eficiente funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud."

2. Ahora bien, la figura del Defensor del Usuario en Salud es análoga a la contemplada en el régimen tributario, y obedece al principio democrático contenido en la Constitución, que, amén de ser un principio fundamental del Estado, irradia la totalidad de la Carta Política.

Este principio, "[e]n cuanto al control se refiere, se expresa en actos de acompañamiento tendientes a "vigilar" la gestión pública en una función veedora, detectora o denunciante, función que también cumple, a su manera, frente al campo judicial". En esta forma, este principio fue desarrollado en la Ley 100 de 1993 en los artículos 198 y siguientes, así como en los Decretos 1416 de 1990, 1485 de 1994 y 1757 de 1994.

Como complemento de las organizaciones de usuarios, el legislador mediante el artículo 42 de la ley 1122 de 2007, creó la figura del Defensor del Usuario en Salud, mecanismo que servirá para descongestionar los despachos judiciales, pues puede evitar que "(…) los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud tengan que invocar la acción de tutela para obtener la prestación de los servicios de salud por parte de las Entidades Promotoras de Salud."

3. Por otra parte, indica que la delegación hecha al Gobierno Nacional para reglamentar lo relacionado con la contribución, contiene los parámetros necesarios para hacerlo, debido a que se definió el costo indicando que "(…) será el que demande la Defensoría del Usuario, de tal manera que el legislador sólo delegó la fijación de su monto, lo cual resulta necesario para ajustar su cobro a las necesidades del servicio (…)". En igual forma, se determinó "(…) la forma de reparto del costo beneficio, entre los contribuyentes, de acuerdo con la distribución de los defensores, que no podría hacerla directamente el legislador, porque ello implicaría referirse uno a uno a cada caso concreto."

4. Concluye su intervención aduciendo que según la sentencia C-155 de 2003 de la Corte Constitucional, los términos "sistema" y "método" deben interpretarse en sentido general y amplio.

3. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Tributario

Mediante escrito allegado a esta Corporación el 25 de septiembre de 2007, el ciudadano Juan Pablo Godoy Fajardo, obrando en su condición de Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, manifestó que el Consejo Directivo del Instituto en reunión celebrada el

18 de Septiembre de 2007 resolvió remitirse al concepto expresado en oficio del 7 de Junio de 2007, en el cual se pronunció acerca de los aspectos tributarios de la norma demandada en el Expediente D-6793 (Magistrado Ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa), en el sentido de que la misma es contraria a lo dispuesto en el Art. 338 de la Constitución.

Señaló además que en esa ocasión los Doctores Juan Pablo Godoy, Mauricio A. Plazas Vega, Consuelo Caldas Cano y Arturo Acosta Villaveces manifestaron su desacuerdo y salvaron su voto, planteamiento que en esta oportunidad acogió el doctor Juan Camilo Restrepo Salazar.

1. Los argumentos que sustentan la posición del Instituto, en el sentido de que la norma demandada es inexequible, son los siguientes:

Los intervinientes basan su escrito en dos análisis: si la norma acusada crea una contribución parafiscal, y si se viola el principio de legalidad de los tributos consagrado en el artículo 338 de la Constitución Política de Colombia.

1.1 Al tener la obligación de contribuir al sostenimiento del denominado Defensor del Usuario en Salud una fuente legal (artículo 42 de la ley 1122 de 2007), se cumple el requisito de ser un obligación ex lege. De igual forma, por no tener el tributo carácter general, sino particular, orientado hacia el sector específico de las Empresas Promotoras de Salud, se descarta la posibilidad de que se trate de un impuesto.

Así mismo, la obligación tiene una destinación especial, pues su objetivo es la "financiación de los costos" o el "sostenimiento" del Defensor del Usuario en Salud. "Si bien no se expresa la mención, fenómeno común a varias contribuciones parafiscales en nuestro medio, se infiere que en este caso el legislador crea la contraprestación a cargo de las empresas promotoras de salud porque se parte de la premisa de que el defensor del usuario en salud reporta beneficios a las EPS (…)". Por tanto, y teniendo en consideración los fundamentos precedentes, consideró que se trataba de una contribución parafiscal.

1.2 Sobre la posible violación del principio de legalidad manifiestan que, teniendo en cuenta que en su concepto se trata de una obligación parafiscal, "(…) la norma creadora del tributo ha debido establecer "directamente": el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho gravado y la base gravable, así como fijar el sistema y el método para definir los beneficios derivados de la contribución y la forma de establecer su reparto". En este orden de ideas, si bien el hecho gravado no fue adecuadamente definido por el legislador, es posible considerar que está constituido por la circunstancia de quedar las Empresas Promotoras de Salud sujetas a una vigilancia. Sin embargo, la base gravable, no fue establecida en forma alguna en la disposición acusada.

De otro lado, indica que la ley no dispuso sistema o método alguno para definir los beneficios, así como la distribución de la carga, que marque un rumbo a la autoridad administrativa para que la fije. Por consiguiente, la norma acusada viola el artículo 338 de la Constitución Política.

2. Los argumentos de los miembros del Instituto que salvaron su voto son los siguientes:

2.1 La norma demandada creó una contribución parafiscal, pues de ella se observan las particularidades de ser una obligación ex lege, ser sectorial, pues la intervención económica se dirige exclusivamente al sector salud, del cual hacen parte tanto las EPS como sus afiliados; tienen destinación específica, ya que los recursos sólo serán empleados para la financiación de la Defensoría del Usuario en Salud; su naturaleza es contraprestacional, pues si bien el Defensor del Usuario prestará servicios orientados hacia los afiliados, las llamadas a contribuir son las EPS que se ven beneficiadas en el sentido de que "(…) si no mediara esta forma de intervención económica para fortalecer los derechos de los usuarios del sistema de salud, tendrían las propias EPS que suplir individualmente la falta de defensores con mecanismos internos de veeduría para asegurar a los usuarios que se monitorea la calidad de los servicios públicos ofrecidos o promovidos (…)".

2.2 Respecto al "quantum de la contribución parafiscal", manifiestan tener una visión más amplia del principio de legalidad en materia de contribuciones parafiscales que los miembros del Instituto Colombiano de Derecho Tributario que consideraron inexequible la norma. Por ende, a su juicio, las expresiones "contribución" o "tarifa" no necesariamente deben reducirse a las nociones desarrolladas en el derecho tributario clásico.

En este sentido, "(…) respecto de contribuciones parafiscales[,] no siempre es necesario crear una estructura de liquidación de la prestación debida que responda al mecanismo de aplicar una tarifa a una base gravable predeterminada por el legislador, y que es igualmente posible dejar que la autoridad utilice fórmulas matemáticas de ponderación de los diversos factores a tener en cuenta, en forma similar a lo que ocurre con las fórmulas de derrame de la contribución especial de valorización, donde a nivel de ley no se regula la base gravable de la tarifa, y apenas se dan unos lineamientos primarios para que ese reparto de costos y beneficios sea equilibrado y cobije a todos los que deben ser sujetos pasivos.(…) Y en ese orden de ideas, cuando el esquema no demanda tener una base gravable a la cual aplicar una tarifa, sino que se trata de diseñar una fórmula matemática de reparto o derrame, bien puede concluirse que es constitucional la delegación si a lo menos se advierten unas pautas fundamentales que limiten esa labor del delegado y que aseguren un tratamiento justo."

En esta forma, aducen que el legislador no dejó indeterminada la delegación en cuanto a la base gravable o a la fijación de la tarifa, pues señaló que el monto de la contribución no exceda los costos de sostenimiento de la Defensoría del Usuario en Salud, y, de otro lado, impuso el deber de concurrencia de todas las EPS existentes en el sector. "Por si fuere necesario aclararlo, un beneficio mayor al de tales costos de sostenimiento no se autoriza gravar, y tampoco se permite exonerar a algunas de las EPS". Sostienen además que en un caso donde la "base gravable" y el "resultado" de la ecuación están predefinidos por el legislador, no es posible considerar que exista realmente una delegación.

Concluyen que la norma demandada debe ser declarada conforme a la Constitución y aducen que incluso "el fallo podría llegar a modularse (…), de suerte que el delegado advierta las limitaciones naturales a que se somete en el diseño de la fórmula de reparto e introduzca en ella los parámetros que conduzcan a una contribución equitativa (número de EPS, tamaño de las EPS, volumen de usuarios, costos totales de operación, etc.)

4. Intervenciones extemporáneas

Las intervenciones que se indican a continuación no serán tenidas en cuenta por haberse recibido en forma extemporánea:

4.1. Escritos presentados el 2 y el 4 de Octubre de 2007 por el ciudadano Alex Movilla Andrade, en su condición de Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Popular del Cesar.

4.2 Escrito radicado el 4 de Octubre de 2007 por el ciudadano José Joaquín Castro Rojas, en su calidad de Director del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomas.

4.3. Escrito recibido el 16 de Noviembre de 2007, firmado por el ciudadano Juan Guillermo Salgado Arias, quien obra en nombre propio.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante Concepto No. 4403 recibido el 22 de octubre de 2007, el Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, solicitó a la Corte los siguientes pronunciamientos:

i) Estarse a lo que se decida dentro del proceso de inconstitucionalidad D-6793 o, subsidiariamente, declarar inexequible la expresión "y la forma como deben contribuir, cada EPS para la financiación de dicho Fondo" contenida en el Art. 42 de la Ley 1122 de 2007.

ii) Estarse a lo que se decida dentro del proceso ordinario anteriormente citado o, subsidiariamente, declarar exequible el Art. 42 de la Ley 1122 de 2007 únicamente por los cargos de vulneración de la separación funcional del poder público, de los derechos de asociación y de participación de las asociaciones de usuarios de salud, de la imparcialidad de la función administrativa y del principio de predeterminación del tributo, en el entendido de que la Defensoría del Usuario en Salud se debe prestar con cargo al Presupuesto General de la Nación según los costos que la misma demande, para lo cual se harán las apropiaciones pertinentes dentro del presupuesto de gastos de la Superintendencia Nacional de Salud, mientras el legislador fija la totalidad de los elementos constitutivos de la tasa que estableció con tal fin.

Los siguientes son los argumentos que sustentan dicha solicitud:

1. La figura del Defensor del Usuario en Salud tiene como objetivo, "especialmente preventivo", contribuir al aumento de la eficiencia en la prestación del servicio público de salud. Al ser la salud un derecho humano de segunda generación, con doble connotación prestacional y fundamental, es ineludible que dicha actividad se constituya en un punto de encuentro con funciones de control de otros organismos, tales como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

Este encuentro no implica una invasión de competencias. Por el contrario, obedece a una "sinergia funcional basada en el principio de colaboración armónica (…)". En este orden de ideas, para materializar este principio, la norma demandada estableció que la Defensoría del Usuario en Salud sería dependiente de la Superintendencia Nacional de Salud en coordinación con la Defensoría del Pueblo. Por tanto, este cargo no debe prosperar.

2. La similitud de las funciones asignadas a las asociaciones de usuarios del servicio de salud

y al Defensor del Usuario en Salud no riñen entre sí, sino que se complementan, con el objetivo de alcanzar la eficiencia en la prestación del servicio público de salud. Así mismo las asociaciones pueden ejercer veeduría sobre el ejercicio de las funciones de dicho defensor. Por tal motivo ese cargo no debe prosperar.

Por otra parte, frente al cargo de vulneración del derecho de participación de las asociaciones de usuarios del servicio de salud en el trámite de creación de la figura del citado Defensor, es menester que la Corte se declare inhibida, pues no hay claridad ni certeza en la formulación del cuestionamiento.

3. La creación del Defensor del Usuario en Salud como dependiente de la Superintendencia Nacional de Salud responde a la potestad legislativa del Estado con fines policivos de control de la economía. Entre los principios que rigen la función administrativa se encuentra incluido el de imparcialidad, que debe ser aplicado por toda autoridad, independientemente de la relación jerárquica, estructural y funcional que llegue a tener. Por tanto, el hecho de que el citado Defensor sea orgánicamente dependiente de la Superintendencia Nacional de Salud no significa que en el ejercicio de sus funciones transgreda el principio mencionado.

4. Respecto de la atribución al Ministerio de la Protección Social de la reglamentación de la forma como deben contribuir las Entidades Promotoras de Salud a la financiación de los costos que demande la Defensoría del Usuario en Salud, se remite al Concepto N° 4337 emitido dentro del expediente ordinario de inconstitucionalidad D-6913; en el cual se adujo que la norma demandada atenta contra el principio de predeterminación de los elementos del tributo.

El legislador infringió dicho principio al crear una tasa para financiar los costos de dicho Defensor, sin haber "(…) fijado directamente la base gravable y lo correspondiente a la definición de la tarifa (…) o el sistema y el método para que el Ministerio definiera esta última (…)." Por tanto, al ser el Ministerio de la Protección Social el llamado a definir la base gravable y la tarifa a aplicar, la norma demandada es contraria al artículo 338 de la Constitución.

No obstante, esto no implica que la figura del Defensor del Usuario en Salud en sí misma sea contraria al ordenamiento constitucional; por ello "(…) dicha función defensorial se debe prestar con cargo al Presupuesto General de la Nación mientras el legislador define los elementos de la tasa para su financiación, debido a que, en sí misma, se constituye en título legal previo para que los costos de su financiación sean incorporados en la ley de apropiaciones respectiva (Constitución Política, artículo 346; Decreto 111 de 1996, artículo 38)".

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 241, Num. 4, de la Constitución, por estar dirigida contra una disposición que forma parte de una ley.

Consideraciones preliminares. Inhibición de la Corte Constitucional para proferir decisión de fondo en relación con el cargo por la supuesta violación del Art. 78 de la Constitución. Existencia de cosa juzgada constitucional parcial.

2. El demandante manifiesta que la norma acusada vulneró el Art. 78 superior, en virtud del cual el Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen, por no haberse convocado en su opinión a las asociaciones de usuarios de los servicios de salud a participar en el trámite de formación de dicha norma, pero no expresa las razones fácticas concretas de su reclamación, como lo pone de presente en su concepto el Procurador General de la Nación, por lo cual la Corte se declarará inhibida para tomar decisión de fondo sobre dicho cargo, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Por otra parte, mediante Sentencia N° C- 950 de 20071, proferida el 14 de Noviembre de 2007, esta corporación decidió "declarar INEXEQUIBLE la expresión 'y la forma como deben contribuir, cada EPS para la financiación de dicho Fondo', contenida en el segundo inciso del artículo 42 de la Ley 1122 de 2007".

En consecuencia, la Corte dispondrá estarse a lo resuelto en esa providencia, respecto de dicha expresión, y circunscribirá su estudio a la parte restante del Art. 42 de la Ley 1122 de 2007, cuyo texto es el siguiente:

ARTÍCULO 42. DEFENSOR DEL USUARIO EN SALUD. Créase la figura del defensor del usuario en salud que dependerá de la Superintendencia Nacional de Salud en coordinación con la Defensoría del Pueblo. Su función será la de ser vocero de los afiliados ante las respectivas EPS en cada departamento o en el Distrito Capital, con el fin de conocer, gestionar y dar traslado a las instancias competentes de las quejas relativas a la prestación de servicios de salud.

Créase el fondo-cuenta, dependiente de la Superintendencia Nacional de Salud, encargado de recaudar y administrar los recursos destinados a la financiación de los costos que demande la defensoría del usuario. Dicho fondo se alimentará con los recursos girados por las EPS para el sostenimiento del mismo. El Ministerio de la Protección Social reglamentará todo lo relacionado con el número de defensores, la elección de los mismos quienes deben ser elegidos por los usuarios.

Problemas jurídicos planteados

4. Corresponde a la Corte establecer si al crear la norma demandada el Defensor del Usuario en Salud con la función de ser vocero de los afiliados a las Empresas Promotoras de Salud ante éstas, con el fin de conocer, gestionar y dar traslado a las instancias competentes de las quejas relativas a la prestación de servicios de salud:

i) Vulnera el principio de separación de funciones entre los órganos del Estado (Art. 113 C. Pol.), en cuanto la Constitución y la ley atribuyen la misma función al Defensor del Pueblo, y viola el principio de legalidad de la función pública (Art. 121 C. Pol.).

ii) Quebranta los derechos de asociación de los usuarios del servicio de salud y de participación de las asociaciones de los mismos (Arts. 1°, 2° y 38 C. Pol.), en cuanto atribuye al Defensor del Usuario en Salud la misma función que cumplen dichas asociaciones.

iii) Contraviene el principio de imparcialidad de la función administrativa (Art. 209 C. Pol.) por disponer que el Defensor del Usuario en Salud y el fondo-cuenta para la financiación de los costos del mismo dependerán de la Superintendencia Nacional de Salud.

Examen de los cargos formulados. Exequibilidad condicionada de la norma demandada.

5. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Agrega dicha disposición que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Así mismo, el Art. 365 de la Constitución consagra que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Por su parte, el Art. 49 ibídem establece que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Estas disposiciones han sido desarrolladas por la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, y las normas complementarias.

Según lo previsto en el Art. 1° de dicha ley, el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

Indica esa norma que el sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de la misma ley u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

Igualmente, el Art. 8° ibídem establece que el Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en dicha ley.

A su vez, el Art. 152 de la citada ley estatuye que los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

6. En virtud de la Ley 1122 de 2007, de la cual forma parte la norma demandada, se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras

disposiciones.

La norma impugnada crea el Defensor del Usuario en Salud como una autoridad dependiente de la Superintendencia Nacional de Salud en Coordinación con la Defensoría del Pueblo, cuya función será la de de ser vocero de los afiliados ante las respectivas Empresas Promotoras de Salud EPS en cada departamento o en el Distrito Capital, con el fin de conocer, gestionar y dar traslado a las instancias competentes de las quejas relativas a la prestación de servicios de salud.

Señala también la norma que el Ministerio de la Protección Social reglamentará todo lo relacionado con el número de defensores y su elección por los usuarios.

7. Sostiene el demandante que al crear la norma demandada el Defensor del Usuario en Salud con la función de ser vocero de los afiliados a las Empresas Promotoras de Salud ante éstas, con el fin de conocer, gestionar y dar traslado a las instancias competentes de las quejas relativas a la prestación de servicios de salud, vulnera el principio de separación de funciones entre los órganos del Estado (Art. 113 C. Pol.), en cuanto la Constitución y la ley atribuyen la misma función al Defensor del Pueblo, y viola el principio de legalidad de la función pública (Art. 121 C. Pol.).

Establece el Art. 113 de la Constitución que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. En concordancia con esta disposición, el Art. 209 ibídem preceptúa que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Por su parte, el Art. 282 ibídem contempla que el Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá, entre otras, la función de “orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado”.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “orientar” significa “informar a alguien de lo que ignora y desea saber, del estado de un asunto o negocio, para que sepa mantenerse en él”, e “instruir” significa “dar a conocer a alguien el estado de algo, informarle de ello, o comunicarle avisos o reglas de conducta”.

Estas actividades claramente son distintas de la ser vocero de una o más personas. Según el mismo Diccionario, es vocero la “persona que habla en nombre de otra, o de un grupo, institución, entidad, etc., llevando su voz y representación”.

En estas condiciones, es manifiesto que la función mencionada que atribuye la Constitución al Defensor del Pueblo es distinta de la que la norma demandada atribuye al Defensor del Usuario en Salud. Por tanto, la norma legal no contraría la Constitución por atribuir supuestamente una función constitucional del Defensor del Pueblo a la autoridad creada por

ella.

En este mismo aspecto, aunque la Ley 24 de 1992, por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, prevé en su Art. 9° que, además de las atribuciones señaladas en la Constitución, el Defensor del Pueblo tendrá, entre otras, la función de "ser mediador entre los usuarios y las empresas públicas o privadas que presten servicios públicos, cuando aquéllos lo demanden en defensa de sus derechos que presuman violados", por lo cual puede entenderse que la norma demandada crea una duplicidad de funciones de orden legal respecto de la prestación de los servicios públicos de salud, teniendo en cuenta que "mediar" significa interceder o rogar por alguien, ello sólo puede interpretarse como un defecto de técnica legislativa que por sí mismo no es motivo de inconstitucionalidad y, además, resulta explicable si se considera que la función del Defensor del Pueblo se refiere a todo el ámbito de la prestación de los servicios públicos, mientras que la función del Defensor del Usuario en Salud sólo atañe a este campo.

En consecuencia, este cargo carece de fundamento.

8. En virtud de lo dispuesto en el Art. 121 de la Constitución, ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Por su parte, el Art. 122 ibídem establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento.

Estas disposiciones concuerdan con lo preceptuado en el Art. 6º de la Constitución, según el cual los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En términos comunes, este principio se formula diciendo que en el campo estatal o sector público todo lo que no está expresamente permitido está prohibido.

A este respecto, es claro que la norma legal acusada no vulnera tal principio ni, por ende, las citadas normas constitucionales, ya que atribuye una función expresa o explícita al Defensor del Usuario en Salud, como la demanda misma lo señala.

9. Manifiesta el demandante que la asignación de la mencionada función al Defensor del Usuario en Salud quebranta los derechos de asociación de los usuarios del servicio de salud y de participación de las asociaciones de los mismos (Arts. 1°, 2° y 38 C. Pol.), en cuanto atribuye al Defensor del Usuario en Salud la misma función que cumplen dichas asociaciones.

Conforme a lo dispuesto en el Art. 1° de la Constitución, el Estado colombiano está organizado en forma de república democrática y participativa, entre otras características. En armonía con ello, el Art. 2° ibídem consagra que aquel tendrá como fin esencial, entre otros, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. Así mismo, el Art. 95, Num. 5, superior estatuye que es deber de la persona y del ciudadano, entre otros, participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.

La participación prevista en estas disposiciones es tanto un derecho como un deber de las personas y puede realizarse tanto individualmente como mediante formas de asociación, en todas las actividades sociales lícitas, con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C. Pol.) y en la libertad económica (Art. 333 C. Pol.), que dan sustento al ejercicio de la autonomía de la voluntad con diversos fines de interés o utilidad para aquellas, así como también con fundamento en el derecho de libre asociación que el Art. 38 superior garantiza "para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad".

Dicha participación social puede llevarse a cabo obviamente por parte de los usuarios de los servicios de salud, en relación con los cuales el Art. 153 de la Ley 100 de 1993 contempla que, además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, es regla del servicio público de salud, rectora del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras, la siguiente:

"7. Participación social. El Sistema General de Seguridad Social en Salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público".

A este respecto es oportuno recordar que los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios están consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano como derechos colectivos conforme a lo dispuesto en el Art. 78 de la Constitución, susceptibles de protección mediante las acciones populares previstas en el Art. 88 ibídem y en la Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla éste último.

En esta forma, los usuarios del servicio público de salud tienen el derecho y el deber de participar en la organización y control de las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre ellas las Empresas Promotoras de Salud, EPS, y tanto el legislador como el Gobierno Nacional tienen la función de establecer los mecanismos correspondientes, que son de naturaleza y fines sociales.

Sin embargo, dichos mecanismos sociales de participación, entre los cuales tienen papel preponderante las asociaciones de usuarios de los servicios de salud, no pueden excluir la creación de mecanismos de protección de los mismos, ni, en general, la creación de mecanismos de protección de los usuarios de los servicios públicos, por parte del Estado, por ser todos éstos de interés general y, más aún, por tener una parte de los mismos naturaleza esencial según definición del propio legislador, como lo señala expresamente el Art. 152 de la Ley 100 de 1993 respecto del servicio de salud.

Sólo así el Estado puede materializar o dar efectividad a la prevalencia del interés general consagrada en el Art. 1° de la Constitución como uno de los principios fundantes del mismo y puede cumplir sus fines esenciales señalados en el Art. 2° ibídem, entre los cuales se encuentran el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

En este orden de ideas, la creación del Defensor del Usuario en Salud en el Art. 42 de la Ley 1122 de 2007, con la función allí prevista, no es contraria al derecho de asociación de los usuarios del servicio público de salud ni al derecho de participación de las asociaciones de los mismos y, por el contrario, protege sus derechos e intereses de conformidad con los preceptos superiores indicados. En consecuencia, el cargo resulta sin fundamento.

10. De otro lado, respecto de la participación de los usuarios de los servicios de salud en la organización y funcionamiento de la institución del Defensor del Usuario en Salud, la norma demandada contempla que el Ministerio de la Protección Social reglamentará todo lo relacionado con el número de Defensores y con la elección de los mismos por parte de los usuarios.

Dicho segmento normativo puede tener dos interpretaciones desde el punto de vista constitucional:

i) una primera interpretación, en el sentido de que el mencionado Ministerio puede reglamentar dichas materias sin sujeción a exigencias constitucionales particulares o específicas, y ii) una segunda interpretación, en el sentido de que, por la naturaleza de aquellas, tal ministerio sí está sujeto a dichas exigencias.

Para definir cuál es la interpretación válida, debe partirse del principio democrático consagrado en el preámbulo y en los Arts. 1° y 3° de la Constitución como uno de los elementos fundamentales de la misma, que irradia todo su contenido, por lo cual es aplicable no sólo en el campo de la representación política sino también en el campo de la representación no política, con un efecto que la Corte Constitucional ha denominado universal y expansivo. Sobre el tema esta corporación ha señalado:

“8. De otra parte, es necesario puntualizar que la Constitución Política de 1991 no restringe el principio democrático al ámbito político sino que lo extiende a múltiples esferas sociales. El proceso de ampliación de la democracia supera la reflexión sobre los mecanismos de participación directa y especialmente hace énfasis en la extensión de la participación de las personas interesadas en las deliberaciones de los cuerpos colectivos diferentes a los políticos. El desarrollo de la democracia se extiende de la esfera de lo político en la que el individuo es considerado como ciudadano, a la esfera social donde la persona es tomada en cuenta en su multiplicidad de roles, por ejemplo, como trabajador, estudiante, miembro de una familia, afiliado a una empresa prestadora de salud, consumidor etc. Ante la extensión de la democracia la Corte Constitucional ha señalado que el principio democrático que la Carta prohíja es a la vez universal y expansivo2. Universal porque compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que válidamente puede interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por lo tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder. Es expansivo pues porque ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción3. (…)”4

Estos criterios de universalidad y expansión del principio democrático deben aplicarse lógicamente en relación con los mecanismos electorales, el ejercicio del sufragio y la

protección de las minorías en el campo de la representación no política, entre otras materias, cuya regulación corresponde a la ley ordinaria. Por el contrario, la regulación de dichas materias en el ámbito de la representación política corresponde a la ley estatutaria, conforme a lo previsto en los Arts. 152 y 153 de la Constitución.

Acerca de esas materias, el Art. 40 de la Constitución establece que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para hacer efectivo este derecho puede, entre otras facultades, elegir y ser elegido. Por su parte, el Art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que todos los ciudadanos gozarán, sin restricciones indebidas, del derecho a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. De igual modo, el Art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que todos los ciudadanos deben gozar del derecho a votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

Debe señalarse que, adicionalmente, el Art. 78 superior, que trata en forma específica de la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, establece que el Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen y que para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Estas consideraciones excluyen la posibilidad de que dicho Ministerio expida la reglamentación sin sujeción a esas exigencias, por ser contrario a la Constitución.

Por estas razones, con fundamento en el principio de conservación del Derecho, la Corte declarará exequible en forma condicionada la norma demandada, por los cargos analizados en esta sentencia, en el sentido indicado que guarda conformidad con la Constitución, o sea, en el entendido de que en la reglamentación del número de Defensores del Usuario en Salud y de su elección por los usuarios, que expida el Ministerio de la Protección Social, deberán preverse unas garantías electorales democráticas mínimas, en particular el voto libre y la adjudicación de los escaños en forma proporcional a los votos obtenidos por cada lista, esto último con el fin de garantizar la representación de las minorías.

Por otra parte, en el tema de la relación del Defensor del Usuario en Salud con la Superintendencia Nacional de Salud y, más ampliamente, con otras autoridades, a la luz de la Constitución existe la posibilidad de dar una doble interpretación a la norma demandada, así:

i) Una primera interpretación, en el sentido de que los usuarios de los servicios de salud deben acudir a dicho funcionario antes de formular sus quejas o reclamaciones relativas a la prestación de dichos servicios ante la Superintendencia Nacional de Salud, así como también antes de instaurar acciones judiciales ante la misma Superintendencia, conforme a lo dispuesto en el Art. 41 de la misma Ley 1122 de 2007, o ante la rama judicial del poder público, entre ellas la acción de tutela, y ii) una segunda interpretación, en el sentido de que los usuarios de los servicios de salud pueden formular sus quejas o reclamaciones ante la Superintendencia Nacional de Salud, así como también entablar las acciones judiciales,

directamente y con independencia de la actuación que puedan adelantar o adelanten ante el Defensor del Usuario en Salud.

De estas posibles interpretaciones, la primera no se ciñe a los mandatos de la Constitución Política, en particular a lo dispuesto en los Arts. 23 y 229, que consagran los derechos fundamentales de petición y de acceso a la administración de justicia, ya que limitaría tales derechos sin una justificación objetiva y razonable.

Así lo consideró esta corporación en la Sentencia C-1150 de 20035, en la cual examinó la constitucionalidad del Art. 24 de la Ley 795 de 2003, que reguló la figura del Defensor del Cliente Financiero, y declaró inexequible la expresión que establecía la actuación ante dicho defensor como requisito de procedibilidad de la actuación ante la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera 6.

Por el contrario, la segunda interpretación se ajusta a los preceptos constitucionales. Por tanto, con fundamento en el principio de conservación del Derecho, la Corte declarará exequible en forma condicionada la norma impugnada, por los cargos examinados en esta sentencia, en el sentido indicado acorde con la Constitución, esto es, en el entendido de que los usuarios de los servicios de salud podrán formular sus quejas o reclamaciones, relacionadas con la prestación de los mismos, ante la Superintendencia Nacional de Salud, así como también instaurar las acciones judiciales correspondientes, entre ellas la acción de tutela, ante las autoridades competentes, directamente y con independencia de la actuación que adelanten o que puedan adelantar ante el Defensor del Usuario en Salud.

En consecuencia, la Corte dispondrá estarse a lo resuelto en esa providencia, respecto de dicha expresión, y circunscribirá su estudio a la parte restante del Art. 42 de la Ley 1122 de 2007, cuyo texto es el siguiente quedaría condicionado así:

ARTÍCULO 42. DEFENSOR DEL USUARIO EN SALUD. Créase la figura del defensor del usuario en salud que dependerá de la Superintendencia Nacional de Salud en coordinación con la Defensoría del Pueblo. Su función será la de ser vocero de los afiliados ante las respectivas EPS en cada departamento o en el Distrito Capital, con el fin de conocer, gestionar y dar traslado a las instancias competentes de las quejas relativas a la prestación de servicios de salud.

Créase el fondo-cuenta, dependiente de la Superintendencia Nacional de Salud, encargado de recaudar y administrar los recursos destinados a la financiación de los costos que demande la defensoría del usuario. Dicho fondo se alimentará con los recursos girados por las EPS para el sostenimiento del mismo. El Ministerio de la Protección Social reglamentará todo lo relacionado con el número de defensores, la elección de los mismos quienes deben ser elegidos por los usuarios.

1. En el entendido de que en la reglamentación del número de Defensores del Usuario en Salud y de su elección por los usuarios, que expida el Ministerio de la Protección Social,

deberán preverse unas garantías electorales democráticas mínimas, en particular el voto libre y la adjudicación de los escaños en forma proporcional a los votos obtenidos por cada lista, esto último con el fin de garantizar la representación de las minorías.

1. En el entendido de que los usuarios de los servicios de salud podrán formular sus quejas o reclamaciones, relacionadas con la prestación de los mismos, ante la Superintendencia Nacional de Salud, así como también instaurar las acciones judiciales correspondientes, entre ellas la acción de tutela, ante las autoridades competentes, directamente y con independencia de la actuación que adelanten o que puedan adelantar ante el Defensor del Usuario en Salud.

Acerca de este aspecto debe agregarse que la coordinación de las funciones del Defensor del Usuario en Salud con las funciones de la Defensoría del Pueblo, que prevé la norma demandada, es una forma de colaboración entre órganos estatales con diversas funciones, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 113 de la Constitución, en virtud del cual los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran para la realización de sus fines, señalados en el Art. 2° ibídem. Por consiguiente, dicha colaboración no altera las funciones propias de la Defensoría del Pueblo, como órgano de control que forma parte del Ministerio Público (Art. 117 C. Pol.), contempladas en el Art. 282 superior y en las normas legales relativas a su organización y funcionamiento.

11. También, afirma el demandante que la disposición impugnada contraviene el principio de imparcialidad de la función administrativa (Art. 209 C. Pol.) por disponer que el Defensor del Usuario en Salud y el fondo-cuenta para la financiación de los costos del mismo dependerán de la Superintendencia Nacional de Salud.

En este sentido, en forma más amplia, el Art. 123 superior prevé que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, lo que es sólo una forma de expresión del postulado en virtud del cual el Estado y la función pública tienen como finalidad la atención y la defensa del interés general, como lo consagra el Art. 2° ibídem al señalar los fines esenciales de aquel.

En opinión del actor la norma demandada quebranta el referido principio de imparcialidad al establecer una dependencia o subordinación, tanto administrativa como financiera, del Defensor del Usuario en Salud respecto de la Superintendencia Nacional de Salud, aunque no indica en qué forma se manifestaría la supuesta parcialidad en relación con las Empresas Promotoras de Salud.

Sobre el particular debe anotarse que la subordinación del Defensor del Usuario en Salud respecto de la Superintendencia Nacional de Salud es sólo administrativa y financiera, y no funcional, por ser las funciones de ambas autoridades totalmente distintas, si se tiene en cuenta que la del primero consiste en ser vocero de los usuarios de los servicios de salud ante las Empresas Promotoras de Salud a las cuales se encuentran afiliados, con el fin de conocer, gestionar y dar traslado a las instancias competentes de las quejas relativas a la

prestación de dichos servicios, mientras que la función general de la Superintendencia Nacional de Salud es ejercer inspección, vigilancia y control sobre las entidades que administran y prestan tales servicios 7.

En estas condiciones, no existe ni es jurídicamente posible una dependencia funcional del Defensor del Usuario en Salud respecto de la citada Superintendencia y, por consiguiente, no es concebible una vulneración del principio de imparcialidad de la función administrativa consagrado en el Art. 209 de la Constitución.

Adicionalmente, cabe señalar que la función del Defensor del Usuario en Salud no tiene carácter decisorio de las quejas de los usuarios relativas a la prestación de los servicios de salud, sino otro carácter, como se indicó, por lo cual, en caso de que existiera dependencia funcional, la Superintendencia no tendría la posibilidad de tomar, en virtud del recurso de apelación, decisiones que originaran conflicto con las comprendidas en el ejercicio de sus funciones como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respecto de las Empresas Promotoras de Salud.

Así mismo, desde el punto de vista orgánico es razonable que el Defensor del Usuario en Salud tenga cercanía en el ejercicio de sus funciones con la entidad competente para inspeccionar, vigilar y controlar a las Empresas Promotoras de Salud, y tenga también cercanía con la Defensoría del Pueblo, conforme a la misma norma demandada, pues es indudable que ello garantiza una mayor celeridad y eficacia en el cumplimiento de su función, de conformidad con los principios de la función administrativa establecidos en el Art. 209 superior.

Por estas razones, el cargo es infundado.

Deber de acatamiento de las decisiones de la Corte Constitucional

12. Finalmente, la Corte considera oportuno señalar también que el Defensor del Usuario en Salud en el ejercicio de las funciones previstas en la norma demandada tiene el deber no solo de acatar sino también de hacer efectivo el cumplimiento, por parte de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de las decisiones de esta corporación en relación con la prestación de los servicios de salud, tanto en materia de control abstracto de constitucionalidad de las normas legales, que tienen un efecto obligatorio general (erga omnes), como en materia de acciones de tutela, que en principio tienen un efecto obligatorio particular.

Tal deber de hacer eficaces las decisiones de la Corte Constitucional tiene unos fundamentos constitucionales amplios, entre los cuales pueden mencionarse el carácter Social de Derecho del Estado colombiano (Art. 1° C. Pol.), el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, específicamente los de servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo (Art. 2° C. Pol.), el carácter irrenunciable del derecho de todos los habitantes a la seguridad

social (Art. 48 C. Pol.), la imperatividad de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en la prestación de los servicios de salud (Arts. 48 y 49 C. Pol.), la garantía del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población por parte del Estado (Art. 366 C. Pol.) y la sujeción tanto de los servidores públicos como de los particulares al ordenamiento jurídico (Arts. 4°, 6°, 95, 121, 122 y 123 C. Pol.).

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- DECLARARSE INHIBIDA para tomar decisión de fondo en relación con el cargo contra el Art. 42 de la Ley 1122 de 2007 por la supuesta violación del Art. 78 de la Constitución, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Segundo.- DECLARAR EXEQUIBLE en forma condicionada, por los cargos analizados en esta sentencia, el Art. 42 de la Ley 1122 de 2007, en los términos expresados en el numeral 10 de la parte motiva de esta sentencia, salvo el aparte "y la forma como deben contribuir, cada EPS para la financiación de dicho Fondo", contenido en el inciso 2° del mismo artículo, respecto del cual se ordena ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C- 950 de 2007 dictada por esta corporación, que lo declaró INEXEQUIBLE.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

AUSENTE EN COMISIÓN

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

2 Sentencia C-089 de 1994.

3 Ibídem.

4 Sentencia C-522 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

5 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

6 La parte pertinente de la norma demandada establecía: "Procedimiento para el conocimiento de las quejas. Previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de las quejas individuales relacionadas con la prestación de servicios por parte de las instituciones vigiladas que en virtud de sus competencias pueda conocer, el cliente o usuario deberá presentar su reclamación al defensor, quien deberá pronunciarse sobre ella en un término que en ningún caso podrá ser superior a quince (15) días hábiles, contados desde el momento en que cuente con todos los documentos necesarios para resolver la queja".

La Corte declaró inexequible la expresión: "Previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de las quejas individuales relacionadas con la prestación de servicios por parte de las instituciones vigiladas que en virtud de sus competencias pueda conocer".

Igualmente, en la Sentencia T- 463 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte consideró que el derecho de petición no tiene naturaleza subsidiaria.

7 Conforme a lo previsto en el Art. 1° del Decreto 1018 de 30 de Marzo de 2007, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones, "la Superintendencia Nacional de Salud, como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es una entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente".