Sentencia C-1041/07

INTEGRACION VERTICAL PATRIMONIAL-Clases

La integración vertical es una teoría que describe un estilo de propiedad y control sobre las empresas. Las compañías integradas verticalmente están unidas por una jerarquía y comparten un mismo propietario. Así pues, diversas empresas desarrollan diferentes actividades, que combinadas, apuntan a la consecución de un mismo fin (vgr. una misma firma petrolera que, mediante diversas empresas, explora, explota, refina y comercializa el producto). Por el contrario, la integración horizontal consiste en que una corporación, que busca vender una clase de producto en numerosos mercados, crea una multitud de empresas subsidiarias, cada una comercializa el producto para un segmento de mercado o para un área diferente.La integración vertical, puede ser, (i) hacia atrás; (ii) hacia adelante; y (iii) compensada. La primera consiste en que la compañía crea subsidiarias que producen algunos de los materiales utilizados en la fabricación de sus productos. La segunda, hacia adelante, se presenta cuando la compañía establece subsidiarias que distribuyen o venden productos tanto para los consumidores como para su propio consumo, y por último, la integración vertical compensada se presenta cuando la empresa establece subsidiarias que le suministran materiales a la vez que distribuyen los productos fabricados.

INTEGRACION VERTICAL EN EL SECTOR SALUD-Definición

En el sector salud la definición de la integración vertical presenta dificultades por las especiales características de este mercado, y ha sido definida como la coordinación o unión de líneas de servicio dentro o a través de las etapas en los procesos de producción de atención en salud. Esto supone que la integración se relaciona con la circulación del paciente a través de las etapas de producción que son determinadas por episodio de salud. Entonces la integración vertical es una estructura de Gobierno diseñada para coordinar y controlar los servicios de atención que están en diferentes estados de la cadena de valor y que facilitan la colaboración y comunicación interorganizacional entre los oferentes de atención en salud que están involucrados en la prestación de servicios.

INTEGRACION VERTICAL EN EL SECTOR SALUD EN EL REGIMEN CONTRIBUTIVO/GRADO DE INTEGRACION VERTICAL-Medido en término de porcentaje del gasto en servicios de salud/FORMA DE INTEGRACION VERTICAL-Determinación

En el caso colombiano, debido a las especificidades en el diseño del régimen contributivo, el cual desintegra –separa- el aseguramiento –a cargo de las EPS- de la prestación del servicio –en cabeza de las IPS-, la integración vertical ha sido entendida en los siguientes términos: debido a que las EPS tienen la función principal de garantizar la prestación de los servicios del POS, como producto final a sus afiliados, se ha supuesto que esta firma se enfrenta a la decisión entre entregar directamente los servicios o llevarlos al usuario mediante ciertas transacciones en el mercado, esto es, se plantea que la EPS podría integrarse hacia adelante con la IPS y de este modo controlar directamente la atención a sus afiliados. La amplitud de la integración entre EPS e IPS puede examinarse de dos maneras bien sea en término del rango de servicios o de actividades que hacen parte del POS y que son entregados de manera directa por las EPS, o en termino de la población que como una proporción del total de afiliados es servida de esta forma. Por su parte, el grado de integración vertical va a estar

referido al porcentaje del gasto en servicios de salud que la EPS realiza a través de sus propias IPS. La forma de la integración se determina por la manera como la EPS establece control sobre la IPS.

POSICION DOMINANTE-Concepto/POSICION DOMINANTE-Formas de determinarla/POSICION DOMINANTE-Prohibición de abuso

La posición dominante, consiste en una sustracción de la competencia efectiva, en una situación de fortaleza en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores. La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. También es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología. El Estado, en virtud del artículo 333 Superior "por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional".

INTEGRACION VERTICAL DE EPS CON SUS PROPIAS IPS-Justificación de su limitación

La limitación de la integración vertical entre las EPS y sus IPS, es decir, la realización simultánea de las actividades de aseguramiento y de prestación de servicios de salud, en algún porcentaje, tuvo como propósito el de mejorar la calidad del servicio y evitar abusos de la posición dominante por parte de las EPS. Los legisladores siempre tuvieron en mente que el modelo original adoptado por la Ley 100 de 1993, en sentido de permitirle a las EPS contratar el 100% con sus IPS, había entrado en crisis y no redundó en una mejor prestación de los servicios de salud; y siempre se estimó necesario profundizar el control estatal sobre la contratación que realizan las EPS con sus IPS, con el propósito, igualmente, de mejorar y garantizar una mejor calidad del servicio de salud prestado.

TEST DE PROPORCIONALIDAD EN MEDIDA QUE RESTRINGE LIBERTADES ECONOMICAS-Se aplica la modalidad leve

La naturaleza de la materia regulada, en la cual existen poderes estatales reforzados de intervención, son el criterio determinante para definir la naturaleza del juicio de constitucionalidad que ha de emprender esta Corporación. La Corte nota que (i) se trata de una medida de contenido eminentemente económico; (ii) versa sobre un tema en el cual el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa; (iii) es una materia respecto de la cual existen poderes estatales reforzados de intervención en la economía; y (iv) en casos semejantes el juez constitucional ha empleado asimismo un test de proporcionalidad débil.

LIMITACION DE LA INTEGRACION VERTICAL ENTRE EPS E IPS PROPIAS-No supone restricción desproporcionada de las libertades económicas

La limitación de la integración vertical entre las EPS y sus propias IPS es una medida que persigue finalidades constitucionalmente legítimas y resulta idónea para alcanzar tales

propósitos

EFICIENCIA TECNICA-Concepto/EFICIENCIA DISTRIBUTIVA-Concepto

Desde una perspectiva económica, la eficiencia se describe como una relación entre insumos y resultados en la producción de bienes y servicios. La anterior relación puede medirse en términos físicos (eficiencia técnica) o en términos de costo (eficiencia económica). Así las cosas, la eficiencia técnica consiste en un adecuado aprovechamiento de los recursos disponibles; en tanto que la eficiencia económica supone que una empresa persigue el objetivo de minimizar costos, mediante la elección de insumos y productos técnicamente eficientes. Por el contrario, un concepto de eficiencia distributiva, tomará en consideración el bienestar del consumidor o usuario de un servicio, es decir, considerará la asignación de recursos para efectos de producir la combinación de bienes y servicios, que mejor satisfaga la demanda de los consumidores.

EFICIENCIA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Concepto

El concepto de eficiencia en el sistema de seguridad social resulta ser mucho más amplio que las simples eficacias técnica y económica, por cuanto involucra la prestación de un servicio público esencial, como lo es la salud, la cual a su vez es un derecho constitucional y está interrelacionada con otros valores, principios y derechos fundamentales. La prestación del servicio de salud en Colombia no puede ser entendido como un simple “mercado de la salud”, regido por las leyes de la oferta y la demanda. La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales no depende de criterios de simple utilidad o provecho económico particulares.

LIMITACION DE LA INTEGRACION VERTICAL Y LA POSICION DOMINANTE DE EPS POR RESTRICCION EN CONTRATACION CON IPS PROPIAS-Puede conducir a limitación de la libertad de escogencia de los afiliados que no acarrea inconstitucionalidad

La libertad de escogencia de los afiliados, además de ser una garantía conexa al derecho de acceso a prestaciones en materia de salud, guarda estrecha relación con el derecho fundamental de la dignidad humana, dentro de cuyo haz de conductas protegidas se encuentra la autodeterminación del sujeto en la toma de decisiones que lo afectan, entre las que se cuentan la escogencia de las instituciones prestadoras de servicios de salud; al igual que con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como derecho de libertad in nuce, que protege ámbitos de la autonomía individual no protegidos por derechos de libertad específicos. En ciertos casos la limitación de la integración vertical y de la posición dominante de las EPS, mediante la restricción del monto de contratación de los gastos de salud con las IPS propias, puede conducir a una limitación de la libertad de escogencia de los afiliados, pues éstos no podrían elegir para la prestación de servicios de salud IPS propiedad de la EPS a la cual están afiliados, cuando entre estas entidades se hubiera alcanzado el monto del 30% de la contratación del valor de los gastos de salud legalmente permitido. Lo anterior evidencia una tensión entre las finalidades constitucionalmente legítimas que persigue la disposición acusada por una parte, y el derecho de acceso a prestaciones en materia de salud, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de los usuarios del sistema, garantizados mediante la libertad de escogencia de las instituciones prestadoras. Se trata, de una tensión que no acarrea como consecuencia la

inconstitucionalidad de la disposición acusada, pues puede ser solucionada mediante una interpretación condicionada.

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-Concepto/PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-No implica la petrificación del sistema jurídico/PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-Debe considerar la calidad del sujeto afectado

La confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. La confianza legítima opera entonces para proteger al particular frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas respecto de una situación jurídica previamente existente. En tal sentido, el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación. La jurisprudencia de la Corte ha sido además constante en señalar que el principio de la confianza legítima es una proyección de aquel de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá. La garantía de la confianza legítima, si bien consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica, de forma alguna se opone a que el Congreso de la República modifique las leyes existentes. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos legítimamente adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. La apreciación de la afectación de la confianza legítima debe tener en cuenta las calidades del sujeto afectado, de manera tal que cuando un operador económico prudente y diligente está en condiciones de prever la adopción de una medida legislativa que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si dicha medida se adopta. En otras palabras, la afectación del principio de confianza legítima guarda relación con las calidades del sujeto que la alega y por lo tanto cuando se trata de organizaciones empresariales con un amplio acceso a la información y con un amplio conocimiento de una actividad económica determinada, éstas no pueden alegar la ruptura del principio constitucional si decidieron por su propia cuenta y riesgo adelantar actividades sobre las cuales sabían que existía la probabilidad que fuera adoptada una legislación contraria a su intereses.

PERIODO DE TRANSICION PARA AJUSTE DE INTEGRACION VERTICAL-Fijación del plazo requiere se surtan actuaciones que permitan gradualidad en la transición de regímenes legislativos

Considera esta Corporación que el plazo de un año previsto en el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 no puede contarse de manera automática, a partir de la entrada en vigor del precepto en cuestión, sino que requiere que se surta una serie de actuaciones

para que dicho término cumpla la finalidad de permitir la gradualidad en la transición entre regímenes legislativos. Por tal razón se condicionará su constitucionalidad al entendido que el plazo de un año comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud para definir que se entiende por contratar con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud, la entidad de control le notifique a la EPS respectiva que debe ajustar su integración vertical al porcentaje legalmente establecido.

PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL-Elemento de significación especial en el ámbito de las potestades de regulación de derechos y libertades ciudadanas

El principio de reserva de ley es determinante al momento de establecer el reparto de competencias entre la Ley y el Reglamento, en orden a excluir cualquier restricción de las libertades públicas que no tenga origen en la decisión del legislador como órgano máximo de representación ciudadana. En la medida que el Estado Social de Derecho se funda en la primacía de libertad y de la igualdad, y exige necesariamente que allí donde constitucionalmente sea indispensable introducir limitaciones a su ejercicio, deba mediar la participación del legislador como garante de representatividad y de la existencia de un debate democrático previo que legitime la exigibilidad, universalidad y reciprocidad de toda regla de conducta que restrinja el desarrollo de las libertades ciudadanas. La exigencia de una ley como elemento de base para el ejercicio de la potestad reglamentaria, asegura el modelo de participación democrática e impide que el Ejecutivo, vía reglamentaria, pueda configurar el contenido de las libertades públicas y determinar autónomamente aquello que pueden o no pueden hacer los ciudadanos.

Referencia: D-6756

Demanda de inconstitucionalidad el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Salud y se dictan otras disposiciones”

Actor: Luís Eduardo Montealegre Lynett

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil siete (2007).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Eduardo Montealegre Lynett demandó el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Salud y se dictan otras disposiciones”, por vulneración de los artículos 1º, 16, 29, 48, 49, 83, 84, 150, 152, 189-11, 333, 334 y 365 de la Constitución Política.

Mediante auto del veintitrés (23) de marzo de 2007, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda, dispuso correr traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las disposiciones acusadas para asegurar la intervención ciudadana y ordenó comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República y al Presidente del Congreso de la República, así como a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social para que si lo estimaren oportuno, conceptuaren sobre la constitucionalidad de las disposiciones acusadas. Igualmente, invitó a participar a la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia de Industria y Comercio, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Prepagada ACEMI.

Mediante Oficio No. DP-0359 del trece (13) de abril de 2007, recibido en esta Corporación el dieciséis (16) del mismo mes y año, el señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, se declaró impedido para rendir el concepto de que tratan los artículo 242-2 y 278-5 de la Constitución Política y solicitó que se designara para el efecto al Viceprocurador General de la Nación. Este impedimento no fue aceptado por la Sala Plena de la Corte Constitucional (Auto A-113 de 09 de mayo de 2007) y, en consecuencia, se dispuso mantener el traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto sobre la norma acusada.

Posteriormente, mediante oficio del 30 de octubre de 2007, el Magistrado Mauricio González Cuervo, manifestó que “por medio de la presente le informo que me abstengo de presentar a la Sala Plena el proyecto (antecedentes) que fue registrado el 20 de septiembre del año dentro del expediente D. 6756 por encontrarme impedido para el efecto, comoquiera que el proyecto de ley que dio origen a la Ley 1122 de 2007, objeto de la presente demanda, fue recibido en la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para la revisión de eventual objeción por inconstitucionalidad, durante mi desempeño como secretario en esa dependencia”.

Actuando en consecuencia, la Sala Plena, en sesión realizada el 31 de octubre de 2007 asignó el expediente al Despacho del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, el cual tomó en consideración el trabajo que ya se había sido adelantado por los Despachos del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, y luego de la Magistrada Catalina Botero Marino.

En este orden, cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. DISPOSICIÓN DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 46.506 del nueve (09) de enero de 2007 (se subraya lo demandado):

“LEY 1122 DE 2007

(enero 5)

Por la cual se hacen algunas modificaciones en el sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia

DECRETA

(….)

CAPITULO IV

Del aseguramiento

Artículo 15. Regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante. Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés, de cualquiera de los actores del sistema de salud.

Dése un período de transición de un (1) año para aquellas EPS que sobrepasen el 30% de que trata el presente artículo para que se ajusten a este porcentaje.

Parágrafo. Las EPS del Régimen Contributivo garantizarán la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público."

I. LA DEMANDA

El demandante afirma que los artículos 1º, 16, 29, 48, 49, 83, 84, 150, 152, 189-11, 333, 334 y 365 de la Constitución Política, están siendo vulnerados por la disposición demandada.

Para sustentar la presunta infracción de preceptos constitucionales, el actor parte de las siguientes premisas:

* En relación con la libertad económica: (i) La Constitución establece un equilibrio entre el Estado Intervencionista y el Estado Mínimo. Opta por un Estado Regulador, en el que se garantizan la libertad económica y de empresa, con la facultad del Estado de regular las condiciones del mercado, en orden a lograr su articulación con el interés general. (ii) En materia de servicios públicos la Constitución garantiza un principio de libre entrada o concurrencia de los particulares, conservando el Estado la facultad de regular y supervisar la prestación de tales servicios; en consecuencia, el Estado no puede excluir a los particulares de dicho mercado; (iii) La libertad económica, compuesta por la libertad de empresa y la libertad de competencia, están garantizadas por la Constitución, de forma que la

intervención del Estado debe ponderar la afectación de esas garantías y, en todo caso, respetar su núcleo central: libertad de ingreso, permanencia y retiro del mercado; libertad contractual; confianza legítima en la estabilidad de las leyes y libertad de participar en condiciones de mercado. En consecuencia, la facultad de regulación y supervisión del Estado no puede llegar al punto de eliminar esas garantías y promover un Estado asistencialista.

– En relación con la integración vertical: (i) la integración vertical es una expresión de la libertad económica y de competencia que le permite a una empresa decidir libremente si en lugar de comprar un producto, insumo o servicio que requiere para desarrollar su actividad o distribuir sus productos, lo fabrica o lo integra a su actividad empresarial; es decir, corresponde a una decisión interna de la empresa "entre hacer y comprar"; (ii) la integración vertical garantiza menores costos y eficiencia, en tanto que la empresa no depende de decisiones externas para producir el bien o servicio y le permite tener un control directo de la calidad de los mismos y de la satisfacción del usuario final; (iii) como la eficiencia es un principio constitucional de los servicios públicos, no es posible restringir mecanismos que, como la integración vertical de la empresa, sirven para su consecución; además, la integración vertical no es un modelo prohibido en la Constitución; (iv) la integración vertical protege los derechos de los usuarios de los servicios públicos a una prestación eficiente y económica; (v) la integración vertical admite regulación y supervisión con sujeción al interés general, pero siempre con respeto del núcleo esencial de la libertad económica (libertad para emprender una actividad, para organizarla y para escoger los medios) y de acuerdo con principios de proporcionalidad y razonabilidad.

– En relación con la posición dominante: (i) La Constitución no prohíbe la posición dominante sino el abuso de ella; (ii) El abuso de posición dominante está determinado por la existencia de un poder eficaz y unilateral para sustraer la competencia del mercado y establecer el precio, calidad y cantidad de los bienes o servicios; (iii) en materia de salud el abuso de posición dominante es casi imposible porque el Estado regula el precio de los bienes, las condiciones del servicio y los estándares de calidad, e incuso la oferta mínima; además, el legislador impide la discriminación (establece las prestaciones a que tiene derecho el usuario) y establece un principio de libertad de elección entre los diferentes prestadores del servicio; (iv) la integración vertical no implica ni posición dominante ni mucho menos el abuso de la misma, en tanto que no hay una capacidad de las EPS de controlar el mercado, los bienes ofertados y las condiciones de los mismos; (v) los abusos en casos particulares frente a un usuario, no son un problema normativo y de prohibición de la integración vertical, sino de supervisión, control y sanción.

– En relación con la libertad de empresa en el ámbito de la seguridad social: (i) El sistema de seguridad social en salud corresponde a un modelo de mercado regulado, con fuerte intervención estatal pero con garantía de la iniciativa privada; (ii) En la seguridad social no existe competencia en cuanto a los bienes y servicios suministrados, las normas de calidad, los precios y los ingresos de las EPS porque se encuentran intervenidos por el Estado; (iii) En la seguridad social existe competencia en la libertad de escogencia de EPS e IPS y en la libertad de organización; (iv) en cuanto a la libertad de organización, la Ley 100 de 1993 permite a cada EPS prestar directamente los servicios o contratarlos, según sea más adecuado para cumplir el principio de eficiencia.

– En relación con los efectos generales de la Ley 1122 de 2007: (i) Se pasa a un Estado fuertemente intervencionista que limita el tamaño de las aseguradoras (restringe su capacidad de desarrollo y crecimiento) y elimina la competencia y la libertad de organización de las empresas; (ii) Se pasa a un "Estado Dirigista" que impide a las EPS formular su propio plan de negocios; (iii) se restringe la libertad de contratación, pues se obliga a contratar con unas empresas (las que no pertenecen a la EPS) y se restringe con relación a otras (las que son de la EPS); (iv) interviene la forma de pago de los servicios prestados por las IPS (elementos propios de un negocio privado) y señala a favor de éstas una tarifa mínima que impide la competencia en la contratación de sus servicios. (v) No permiten escoger el diseño empresarial a partir de estándares de calidad y eficiencia.

– En relación con el usuario: (i) Los límites a la integración vertical impiden que el usuario perciba los beneficios en eficiencia y calidad que se derivan de ella; (ii) restringe la libertad de elección del usuario; (iii) encarece los costos porque el usuario deberá asumir dos márgenes de utilidad legítimos: el de la EPS y el de la IPS, quien como empresa también busca obtener un beneficio económico.

Con fundamento en lo anterior, el demandante estructura su demanda en cinco cargos que explica de la siguiente manera:

"-Primer cargo: El artículo 15 de la Ley es inconstitucional porque conlleva una restricción irrazonable y desproporcionada de la libertad de empresa y de la libertad de competencia económica (arts. 333 y 334 CP.), en perjuicio no sólo de los actores del mercado sino de los propios usuarios del servicio de salud."

Lo anterior, porque, a su juicio, aunque es posible que la norma persiga fines constitucionalmente legítimos, no está racionalmente fundamentada, ni satisface los requisitos mínimos de adecuación, necesidad y proporcionalidad que justifiquen una limitación tan significativa de la libertad de empresa y de competencia económica. En ese sentido, la restricción para que las EPS contraten la prestación de servicios en más del 30% del valor del gasto en salud con sus propias IPS, modifica la organización del sistema de salud imperante desde la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993, en el cual las EPS podían crear sus propias IPS y contratar con ellas el 100% de la prestación de los servicios de salud sin restricciones.

Señala que respecto de las leyes es posible exigir un mínimo de fundamentación o razón justificativa que elimine la arbitrariedad del legislador en la adopción de medidas restrictivas de los derechos y libertades públicas. Que si bien la Constitución no exige la motivación de las leyes, sí determina en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad, que las razones que se aducen por el Congreso sean verificables a partir de la evidencia relevante dentro del proceso legislativo.

Sobre esta base considera que la norma acusada resulta "manifiestamente irrazonable" porque la decisión del Congreso de imponer un límite a la integración vertical entre las EPS y las IPS, "no respondió a ningún tipo de fundamentación empírica que justificara la urgencia, necesidad, relevancia, o -cuando menos- conveniencia de la medida", ni tuvo como sustento estudios técnicos serios y relevantes, lo que plantea un vicio material (no puramente formal) derivado de falta de racionalidad y razonabilidad en la actividad legislativa. A su juicio, no

existe evidencia relevante de los fundamentos de la ley y, por el contrario, los debates demuestran que la decisión del Congreso estuvo basada en discusiones superficiales y en la "intuición" de los legisladores, es decir, al margen de pruebas objetivas sobre la existencia de una posición dominante de las EPS o que demostraran la eficacia de las medidas adoptadas y las consecuencias favorables para los usuarios. Insiste en que se trata de un defecto sustantivo de la ley que genera su inconstitucionalidad y no de un simple defecto formal.

Indica que si bien las restricciones a los derechos son constitucionalmente válidas, para ello es necesario que la norma supere un juicio de proporcionalidad, a partir de los subprincipios de finalidad legítima, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Respecto de la finalidad de la medida, afirma que si bien se alude a tres fines constitucionalmente legítimos (evitar abuso de posición dominante, mejorar eficiencia del servicio de salud y solventar la crisis de la red hospitalaria) el legislador no puede revertir el modelo de libertad de empresa que adoptó el Constituyente para la satisfacción del servicio de salud, en donde la intervención del Estado es la excepción y opera únicamente como mecanismo correctivo frente a riesgos sociales y de afectación de derechos fundamentales evidentes.

Respecto de la adecuación de la medida, considera que ésta es manifiestamente inepta e ineficaz frente a cada uno de los fines perseguidos con la ley, en la medida que: (i) la integración vertical produce beneficios derivados de las economías de escala y no genera posición dominante, ni mucho menos implica un abuso de posición dominante; se generará menor competencia, desmejora del servicio (ineficiencia y regresividad), incremento de los precios y afectación de los derechos de los usuarios; además, como no existe evidencia actual de posición dominante y mucho menos de "abuso de posición dominante", la norma acusada produce una ruptura en la unidad de la cadena productiva de los bienes y servicios de la salud, desconociendo que la Constitución no prohíbe la posición dominante (que se puede lograr por la eficiencia de la empresa), sino su abuso (que es lo que permite medidas legislativas de control): "Al contrario, en materia de salud, el hecho de que una EPS alcance una posición sólida en el mercado debe valorarse positivamente desde el punto de vista de los principios de eficiencia, eficacia y universalidad (…) la posición dominante en el sector salud, antes de ser atacada por el Legislador, debe protegerse, pues con ella se contribuye al cumplimiento de los fines constitucionales de ampliación de la cobertura y mejoramiento de la prestación del servicio de salud"; (ii) No hay ninguna evidencia de que la integración vertical afecte la eficiencia del servicio; para la demostración de esa tesis el accionante aporta nueve (9) estudios técnicos que respaldarían esa afirmación, los cuales solicita tener en cuenta como evidencia empírica dentro del examen abstracto de constitucionalidad (Sentencias C-791 de 2002, C-064 de 2002 y C-1489 de 2000). (iii) El mejoramiento de las condiciones de la red hospitalaria (tercera finalidad de la norma) no tiene conexidad con la medida adoptada, pues su estado de deterioro no deriva de la integración vertical de las EPS sino de los problemas administrativos y de gestión generados al interior de esa red sanitaria.

Con relación a la "necesidad" de la medida (tercer paso del juicio de proporcionalidad), señala que el legislador no se apoyó en fundamentos objetivos, sino en su intuición, y que

tampoco verificó si existían otros mecanismos menos gravosos que no comprometieran los derechos de libertad de empresa, contratación y competencia.

Finalmente, respecto de la proporcionalidad en sentido estricto, hace alusión a las reglas de ponderación y señala que se debe seguir el siguiente criterio: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Que en este caso, la disposición acusada es claramente desproporcionada porque los beneficios que se logran con la disposición acusada son nulos o leves respecto de los fines que se pretenden lograr y por el contrario sí es excesivo el sacrificio que se hace de la libertades económicas de las EPS “puesto que los procesos de integración vertical hacen parte de las condiciones estructurales para desarrollar una actividad económica”. Por tanto, “si se pusiera en una balanza los beneficios de la medida, en un lado, y los sacrificios que de ella se derivan, de otro, difícilmente se lograría una relación de equilibrio debido a la enorme diferencia entre los beneficios obtenidos –mínimos y eventuales-, frente a los sacrificios que ella impone -ciertos e intensos-”.

“-Segundo cargo: El inciso segundo del artículo 15 de la Ley es inconstitucional porque desconoce el principio de reserva de ley (arts. 150, 152, 189-11 y 333 CP.).”

En criterio del actor, el inciso 2º de la norma demandada, que ordena al Gobierno reglamentar las condiciones de competencia del sector salud resulta abiertamente indeterminado en la identificación de los sujetos pasivos (“cualquiera de los actores del sistema de salud”) y en el contenido material de la facultad otorgada (“las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés”).

En cuanto los “sujetos pasivos”, indica que se trataría de “cualquiera de los actores del sector salud”, sin que ninguna de las normas que regulan el sistema de seguridad social defina el alcance de tal expresión, de manera que la regulación sobre el abuso de la posición dominante o conflictos de interés se referiría a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, que “actúe” o forme parte del sistema; lo anterior, a su juicio, hace incierto cuáles son los actores a los que se refiere la norma. Que si bien se podría interpretar la noción de “actores” excluyendo a todos aquellos de quienes no se puede predicar posición dominante o conflicto de intereses, la validez de esa hermenéutica requeriría que en relación con el sistema de salud, la ley definiera previamente las nociones de posición dominante (y su abuso) y de conflicto de intereses, situación que no acontece en este caso.

En lo relativo al contenido material de la reglamentación que se deja al Ejecutivo, el demandante sostiene que la misma se extendería de forma genérica a “las condiciones necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés”. Dado que ni la Ley 1122 de 2007 ni las demás normas que regulan lo relativo al sistema de seguridad social en salud definen “qué se entiende por posición dominante, qué se entiende por abuso de tal posición, ni mucho menos cuándo hay conflicto de intereses”, la consecuencia lógica será que al Gobierno Nacional le corresponde definir, dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la ley, aspectos que son competencia privativa del legislador: (i) cuándo hay conflicto de intereses; (ii) las situaciones de posición dominante; (iii) el abuso de la posición dominante; y, finalmente, (iv) determinar las medidas necesarias para enfrentar esas

situaciones.

Afirma que todos estos aspectos tienen reserva de ley porque constituyen restricciones a las libertades económicas de las EPS, lo que imposibilita su desarrollo por vía reglamentaria; a su juicio, la disposición acusada utiliza conceptos jurídicos indeterminados que el ejecutivo quedará en libertad de regular sin ningún tipo de referente objetivo; se delegó así una función legislativa primaria, al no fijar un contenido material mínimo que deba reglamentarse para garantizar la ejecución de la ley.

Respecto del abuso de posición dominante, considera que como la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres y que para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley, también existe reserva de ley en: (i) la definición de los elementos que permiten identificar el abuso de la posición dominante y en (ii) las medidas dirigidas a evitar que tales abusos se presenten. Además, el abuso de la posición dominante no es una situación objetiva, sino sujeta a valoración, de manera que la indeterminación legal permitiría que las medidas adoptadas por el Gobierno pudieran, inclusive, imponer restricciones a la libertad de empresa. En otras palabras "el legislador deslegalizó un tema no deslegalizable".

En cuanto a la reglamentación de "las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante", señala que aunque el legislador ha definido de manera general la posición dominante como "la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado", tal definición no es trasladable al sistema general de seguridad social en salud, donde se requieren referentes específicos de ese mercado, tal como ocurrió al regular el sector de los servicios públicos domiciliarios.

Por ello, estima que aunque en teoría se podría pensar en aplicar las normas generales de "la posición dominante" al mercado de salud, materialmente "[se] torna imposible", porque los numerales 1-6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que definen los casos de abuso de posición dominante a partir de la libertad que el empresario tiene para actuar en el mercado, no son aplicables al sistema de salud, ya que éste no opera en condiciones de libre mercado sino de mercado regulado, en el que los servicios, precios, tarifas, etc., están establecidos por el Estado y no responden a la libre autonomía de las empresas. En consecuencia, existe una omisión del legislador en regular una materia que constitucionalmente tiene el deber de desarrollar.

"-Tercer Cargo: El parágrafo del artículo 15 de la Ley es inconstitucional porque desconoce el principio de reserva de ley (arts. 150, 189-11 y 333 CP.), en concordancia con el principio de Estado de Derecho (art. 1.º CP.), el debido proceso (art. 29 CP.) y el principio de legalidad (arts. 29 y 84 CP.)."

Para el actor el parágrafo demandado que le ordena a las EPS contratar a IPS públicas es "altamente complejo" porque: (i) no tiene un contenido deóntico claro, es decir, la expresión "garantizará" contenida en el parágrafo demandado puede ser interpretada de dos maneras: como un mandato de optimización (norma-principio -relativa-) o como una obligación (regla -absoluta-); (ii) el deber es absolutamente impreciso, ya que aunque establece la inclusión de IPS de carácter público en la red de las EPS del régimen contributivo, no es claro respecto de cómo queda cumplido el requisito, siendo posible varias interpretaciones en cuanto al

número de IPS que se deben incluir para cumplir con la expresión “garantizará” que “comprende un contenido emotivo que no permite fijar claramente cómo se ha satisfecho una garantía. De hecho, la expresión en cuestión suele estar asociada a la maximización”; (iii) el destinatario de la norma no es claro, pues no se sabe si esa garantía implica responsabilidad individual de cada EPS o solidaria y (iv) no existe consecuencia jurídica en caso de incumplimiento, de manera que es posible preguntarse si este deber es una condición para mantener la autorización de funcionamiento, si es una práctica ilegal que la Superintendencia Nacional de Salud puede ordenar suspender o si se trata de una conducta que permite imponer sanciones pecuniarias.

De otra parte, señala que el parágrafo demandado no respeta la prohibición constitucional de exigir requisitos adicionales para el ejercicio de una actividad económica y el deber de que tales requisitos y limitaciones a la libertad de empresa estén claramente definidos en la ley; a su juicio, la norma impone un deber “cuyos contornos no son claros en razón del lenguaje del legislador”. Tal vaguedad e imprecisión del precepto demandado lo vuelve inconstitucional “en la medida que no se asegura certeza -violándose el principio de Estado de Derecho-, lo que impide una clara fijación legal -violándose el principio de legalidad y el debido proceso.”

Al respecto afirma que la violación de los derechos mencionados se da de manera individual y colectiva, comoquiera que introduce una medida cuya aplicación producirá un encarecimiento en la prestación de los servicios de salud y una disminución en la calidad del servicio que actualmente se presta, con lo cual se violan los principios de eficiencia, eficacia y universalidad, que son elementos básicos de la regulación constitucional del derecho a la salud; en consecuencia, también “se amenazan los derechos a la vida y a la integridad física de los usuarios del servicio de salud prestado por las EPS e IPS”.

Sostiene que al tratarse de una norma sobre la relación entre la función de aseguramiento (a cargo de las EPS) y la prestación del servicio de salud (reservados para las IPS y EPS), la organización dispuesta por el legislador no garantiza el cumplimiento de los deberes estatales de respetar y desarrollar el derecho a la salud, ni el derecho a la autonomía privada, así como tampoco se armoniza con el principio de eficiencia previsto en la Constitución (art. 48).

Señala que existe un principio de progresividad y maximización “de las calidades de salud que permitan vivir dignamente”, lo cual exige del legislador un régimen jurídico acorde con esa posibilidad, elemento que no se logra con la disposición acusada. Así, “adoptar un régimen normativo que impide el incremento en la calidad de la prestación de la salud o que sólo asegura el statu quo en materia de calidad, no contribuye a lograr lo tácticamente posible (…) Además también se impide a los afiliados, en ejercicio del derecho a la autonomía individual, optar por el mejor servicio de salud”.

Concluye que, en suma, el sacrificio que se impone a los afiliados excede manifiestamente los supuestos beneficios que se lograrían con las restricciones impuestas a las EPS.

“-Quinto cargo: El artículo 15 de la Ley es inconstitucional porque desconoce el principio de confianza legítima (art. 83 de la Carta Política). Este cargo se estructura en una doble perspectiva: en primer lugar, se acusa la restricción a la contratación del gasto en salud y la

obligación -indeterminada- de contratar con las IPS públicas; en segundo lugar, el principio de confianza legítima resulta vulnerado si se tiene en cuenta el término -de un (1) año- para que las EPS del régimen contributivo se ajusten a la nueva regulación."

El actor explica que este cargo se estructura en una doble perspectiva: i.) los límites en la contratación del gasto de salud y la obligación -indeterminada- de contratar con las Empresas Sociales del Estado –ESE- y ii.) la vulneración del principio de la confianza legítima por la fijación del término de un (1) año para que las EPS del régimen contributivo se ajusten a la nueva regulación. La introducción de esa norma que resulta incoherente frente a la regulación vigente rompe la relación de confianza de los particulares y el Estado, "destruyéndose toda posibilidad de predecir y armonizar su comportamiento al mandato normativo."

A su juicio, el Congreso no tuvo en cuenta el "deber de respetar sus actos previos relativos a la autorización de la integración vertical sino que lo desconoció al imponer una medida que resulta abiertamente contradictoria con los principios y la estructura general de la Ley 100 de 1993 (…)"; su deber era analizar la normativa anteriormente expedida y con fundamento en ella crear una modificación al régimen, de forma armónica, que no afectara la confianza legítima ni desconociera la teoría del respeto de los actos propios.

Señala que el plazo de un (1) año establecido por el legislador para que las EPS se adapten a la nueva regulación es insuficiente y carente de razonabilidad, si se tiene en cuenta que las inversiones hechas por las EPS y los contratos celebrados con sus IPS son a mediano y largo plazo, de forma que su desmonte no puede hacerse de improviso y en un término tan reducido como el señalado por la ley. Así, más allá de la facultad del legislador de introducir cambios a la legislación vigente, la Constitución lo obliga a establecer mecanismos de transición razonables y adecuados acordes con el principio de la confianza legítima, situación que no ocurre con la disposición acusada.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de la Protección Social, actuando a través de apoderada judicial, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la disposición acusada, con base en las razones que a continuación se sintetizan.

La interviniente inicia la defensa del artículo acusado con un análisis sobre el Estado Social de Derecho, una de cuyas bases está en la organización de un sistema integral de seguridad social en salud.

Señala que uno de los cambios que introdujo el Constituyente de 1991, fue la pretensión de establecer condiciones de igualdad real, en especial en el sector salud, donde para ese entonces, el porcentaje de la población afiliada no superaba el 20%. Es así como el legislador de 1993, no se limitó a prever la seguridad social del trabajador dependiente, sino que, como desarrollo de los principio de solidaridad y universalidad, trató de extenderlo a toda la población; para ello, creó un sistema, un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales de pensiones, salud,

riesgos profesionales y servicios sociales complementarios que se definen en la Ley 100 de 1993.

Sostiene que el sistema de salud es un modelo de pluralismo estructurado, basado en un principio de especialización, en el que se definen unos organismos de dirección, unas entidades de aseguramiento, unas instituciones de prestación de los servicios de salud y un esquema de inspección vigilancia y control.

Que en relación con la función de aseguramiento, el legislador dispuso que con el concurso de personas jurídicas públicas o privadas especializadas, reguladas por el mismo estatuto y autorizadas por el Estado a través de la Superintendencia Nacional de Salud, se prestara el servicio público esencial de salud a partir de criterios de eficiencia, solidaridad y universalidad. Tales entidades de aseguramiento son las Entidades Promotoras de Salud –EPS-, las cuales tienen como finalidad la administración idónea de recursos públicos que tienen una destinación específica por expresa delegación del Estado. Además tienen "como función básica la de organizar y garantizar directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio a los afiliados, junto con la funciones de promoción, vinculación de individuos y familias y la efectiva afiliación". Así, al estar las EPS en el vértice del sistema de salud, de su organización y gerencia dependen aspectos medulares como la afiliación, los periodos de carencia, la pérdida de antigüedad, el debido proceso de los usuarios, etc.

Respecto del papel que desempeñan las Instituciones Prestadoras de Servicio –IPS- en el Sistema de Seguridad Social en Salud señala que tienen como función principal la prestación de los servicios de salud de los afiliados, dentro de los parámetros de la Ley 100 de 1993. Que se trata de entidades sometidas a la regulación del Estado, que están obligadas a acreditar condiciones de idoneidad técnica, administrativa, patrimonial y científica y que deben orientarse por principios de calidad y la eficiencia.

Advierte que este principio de especialización en la organización del sistema de seguridad social tiene consecuencias directas en las condiciones de acceso a la salud, pues se encuentra estrechamente ligado con las exigencias que deben cumplir las entidades promotoras y prestadoras en materia de infraestructura, destreza y conocimiento especializado. Es así que la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, permitió que la función de prestación de servicios fuese realizada por la aseguradora, en lo que se conoce como integración vertical, lo que no significa que esa fórmula sea inmutable y que "el modelo concebido no esté impulsando la separación de cada una de las labores que se desarrollan, precisamente en procura de las especialización ya señalada. Nótese, como rasgo de interés para el presente caso, que la propia ley insiste en la autonomía técnica, financiera y administrativa de las IPS".

Señala que desde un principio, quienes participaban en el sistema sabían que no estaban en presencia de un modelo clásico de competencia, pues la Ley 100 de 1993 permite la intervención del Estado: "En este contexto la posibilidad de integración vertical, como toda otra, estaba sujeta a sufrir escrutinio de los principios y valores contenidos en la Ley y derivados de la Constitución Política. Además el propósito histórico de la creación de sistemas de seguridad social no se erigió sobre la base de enriquecer a quienes ejercen la intermediación sino que su postulado básico es, sin duda alguna, la protección del ciudadano

ante las contingencias en salud que se le pueden presentar". Que, en consecuencia, en materia de organización del sistema de salud, el mercado y la competencia no son fines en sí mismos, sino que son instrumentos para lograr los objetivos fijados por la Constitución, con prevalencia de criterios humanos sobre consideraciones matemáticas y de ganancia comercial, además de que como ha señalado la Organización Mundial de la Salud -OMS-, la salud no es un bien como cualquier otro, sino que constituye un "activo inalienable" que es objeto de especial protección constitucional.

En un segundo acápite, resalta la importancia que tiene la intervención del Estado en la Economía y en la prestación de servicio de salud. Sostiene que la facultad del Estado para intervenir en la economía es de carácter constitucional, al igual que la intervención del Estado en relación con la prestación del servicio público de salud, "la cual comporta uno de los más altos grados de intensidad comparable o talvez más intensos con aquél que se despliega en otras actividades que son imprescindibles para el bienestar de ciudadano y, por lo tanto, está dotada de un marcado interés público".

Indica que la intervención del Estado en materia de servicios públicos es intensiva y amplia, en tanto que se trata de garantizar derechos de suma importancia como la salud y la vida digna, todo lo cual se refleja en la regulación de las actividades de aseguramiento y de prestación del servicio de seguridad social, en donde "la Constitución Política no sólo permite sino que ordena la intervención". Cita apartes de algunas sentencias de la Corte Constitucional en las que a su juicio se ha reconocido dicha facultad y se ha declarado exequible la modificación de determinadas condiciones de quienes participan en el sistema de seguridad social en salud (Sentencias C-176 de 1996 -regulación de actividades de medicina prepagada-, C-915 de 2002 -obligación de contratar IPS públicas, C-331 de 2003 y C-130 de 2004 -organización del régimen subsidiado-).

Señala que en los casos analizados en dichas providencias preexistía un régimen regulatorio en la organización de los agentes que "si se entendieran tan exiguas las facultades de intervención del Estado en la prestación del servicio de salud, hubiera sido imposible modificar, generando cláusulas pétreas". Que, la necesaria intervención en salud se justifica por el riesgo o amenaza de un interés legitimo (derecho a la salud), haciendo posible restricciones o limitaciones a la libre oferta y a la libre competencia en ese sector.

Hace énfasis en que en el presente caso el legislador respetó los requisitos mínimos de la intervención del Estado en la economía: (i) debe ser hecha por el legislador; (ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa, lo cual sucede cuando se impide seguir desarrollando la actividad; (iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes; (iv) debe obedecer al principio de solidaridad; (v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (hace referencia a las sentencias T-291 de 1994, T-240 de 1993, C-398 de 1995 y T-533 de 1992).

En la cuarta parte de la intervención se hace referencia al análisis de la expedición de la Ley 1122 de 2007. Según el interviniente, la lectura de la Ley 1122 de 2007 debe ser integral y dentro del contexto general de las normas que regulan el sistema de seguridad social, pues su objetivo es adecuar determinados aspectos de la Ley 100 de 1993 para equilibrar el sistema, el cual venía presentando serios problemas: así, por ejemplo, se tecnificaron

procesos decisorios mediante la creación de la Comisión de Regulación de Salud, se tomaron medidas en materia de financiamiento para ampliar la cobertura y garantizar el flujo de recursos dentro del sistema, se fortalecieron las facultades de inspección, control y vigilancia, y se tomaron medidas para tecnificar las entidades del sector público.

Indica que en el tema de aseguramiento, la Ley 1122 de 2007 estableció medidas tendientes a la protección de los usuarios, acentuando las obligaciones a cargo de las entidades promotoras de salud: 1. Enfatizó en que el asegurador asume el riesgo transferido por el usuario y debe cumplir los planes obligatorios de salud; 2 Definió reglas específicas para la administración del régimen subsidiado, los periodos de carencia, la cobertura de enfermedades de alto riesgo y los programas de prevención y promoción de la salud; 3. Reguló el aseguramiento de independientes, movilidad entre regímenes y aseguramiento de riesgos profesionales; 4. Estableció cobertura de salud para las personas más pobres no amparadas por el régimen subsidiado. 5. Fijó limitaciones a la integración vertical (que incluye un periodo de transición al nuevo sistema) y asignación de facultades de reglamentación de las condiciones de competencia necesaria para evitar el abuso de la posición dominante o los conflictos de interés.

Señala que en el esquema planteado en la ley 100 de 1993, la posibilidad de entrada de nuevos actores debe ir acompañada de disposiciones que promuevan la lealtad de los diversos participantes, pues “ningún mercado u oferta de servicios puede ser viable si en él se enquistan situaciones que afectan esa libre competencia o si alguno o algunos de los actores abusan de su posición dominante. Es claro que una de las limitaciones obvias de la libertad de empresa es, precisamente, las garantías de libre competencia. Es más, resulta imprescindible expedir regulaciones como las que ahora se atacan si, a través de este mecanismo de prestación de servicios, se pretende garantizar el acceso a la salud en condiciones de oportunidad, calidad e integridad”.

Advierte que por muchas razones, entre ellas el control de los flujos financieros del sistema, en las EPS reside una originaria posición dominante entendida como la posibilidad de incidir sobre la conducta de otros actores. Cuando un actor cuenta con esa condición, la Constitución avala aún más la intervención (Sentencia C-616 de 2001), lo que es plenamente justificable cuando, como en el presente caso, se han detectado por parte de las EPS conductas reiterativas y extendidas de negación del servicio, selección adversa, abuso de posición dominante, etc.

En relación con el tema de la integración vertical, el Ministerio hace referencia a una ponencia preparada para el Foro Sobre Integración Vertical en el Sector Salud, 2003 -Universidad Nacional-, en el que se establece como conclusión que un sistema de salud fuerte, sólido y ético, no requiere integración económica sino humana y de corresponsabilidad horizontal.

Resalta que el núcleo de la demanda está en el cuestionamiento a la limitación que hace el legislador de la integración vertical; que, sin embargo, ese tipo de integración es tan sólo una forma de organización empresarial, que no constituye una de las formulas privilegiadas de la libre competencia, y que no está contemplada por la Constitución, de modo que “admite ser regulada o, aún más, limitada o prohibida siempre y cuando se reúnan las condiciones

exigidas constitucionalmente (…) Esto permite que se revisen u objeten medidas u operaciones que restrinjan la competencia o que, en general afecten la prestación del servicio de salud". Así, en relación con la integración vertical y las limitaciones de abuso a la posición dominante, se trata de medidas que garantizan la calidad, oportunidad y eficiencia en la prestación, así como la transparencia en la oferta de servicios de salud, evitando distorsiones en esa materia.

Considera que contrario a lo que dice el actor, la decisión del legislador se produjo en virtud de una serie de debates en torno a aspectos sensibles del sistema, tal como lo ha evidenciado la Contraloría General de la República y estudios privados y de diversas instituciones académicas. Como sustento de lo anterior, la interviniente hace referencia al estudio realizado por la Universidad de Antioquia (el mismo al que acude el accionante), en el que se develaron algunas de las desventajas de la integración vertical: "- pérdida de beneficios de la competencia, pues un eslabón integrado a otros termina anquilosándose, perdiendo productividad, eficiencia y calidad. Mediante la integración la IPS se dedica a contener costos, a realizar procedimientos mínimos o por debajo de los mínimos permisibles; – efectos sobre el usuario, pues queda atrapado de una red en la que no tiene opción de elegir; -genera un desequilibrio en la oferta de IPS como consecuencias de la construcción de nuevas clínicas por parte de las aseguradoras; – las EPS sólo desean prestar aquellos servicios de mayor rentabilidad o donde el volumen de demanda permite disminuir costos y hacer importantes ahorros; – limitación a los usuarios de acceso a los servicios y, en algunos casos, estimula a la adopción de seguros alternativos para poder satisfacer el deseo o la necesidad de elegir libremente al prestador; – posición dominante en la relación contractual; -aniquilamiento del profesionalismo médico ante la imposición del interés corporativo. El riesgo ético de interferir sobre el libre y correcto ejercicio de la profesión médica se ha incrementado notoriamente" (negrillas originales).

Finalmente hace referencia a dos indicativos que evidencian el mal funcionamiento del sistema de salud: el crecimiento de las acciones de tutela y el esplendor de las inversiones financieras de las EPS en construcción de IPS (desviación de recursos de salud con destino a la construcción de clínicas, centros de atención y universidades). Considera que estos problemas están asociados a la forma en que se ha producido la integración vertical en desmedro de los recursos públicos y, obviamente, en la calidad de la atención.

Respecto del principio de reserva de ley, el Ministerio señala que para la reglamentación de la posición dominante y los conflictos de interés por parte del Ejecutivo existen parámetros legales suficientes, tanto generales (Ley 155 de 1959 y Decreto 2153 de 1992) como especiales (Ley 100 de 1993, artículos 154, 183 y 185). Que, por ello, no existe la deslegalización a la que alude el demandante, más aún cuando la reglamentación de esta materia tiene fundamento en los artículos 48 y 49 de la Constitución, los cuales le ordenan al Estado regular, controlar y vigilar los servicios de salud.

El primer cargo contiene una clara contra-evidencia. En los estudios que trae a colación el propio demandante es claro que la figura de la integración vertical no goza de la mejor reputación, además de que en diversos foros y estudios se han evidenciado sus inconvenientes para el sector de la salud; la demanda descontextualiza los estudios, utiliza experiencias de otros países y compara mercados como el de la gasolina y las

telecomunicaciones como si fuesen análogos a la oferta de servicios en salud. La afirmación en torno a la eventual inexistencia de fundamentos empíricos resulta bastante sorprendente, pues la motivación del proyecto de ley es prolífica “en relación con los efectos perversos de la integración vertical”. De esta manera y siguiendo el test de adecuación de la intervención, el Ministerio concluye que: (i) la medida es expedida por el legislador, obedece a motivos adecuados y suficientes que la justifican y no afecta el núcleo esencial de la libertad de empresa, en tanto que la actividad de aseguramiento puede continuar siendo desarrollada; (ii) la razonabilidad emerge de los fundamentos fácticos, pues si la integración vertical produce una serie de consecuencias adversas es razonable que el legislador limite o elimine esa posibilidad; (iii) en cuanto a la proporcionalidad, la decisión de limitar a un 30%, como máximo, la contratación con IPS propias, contiene un mensaje claro en torno a rescatar, en lo posible, los efectos benéficos de la integración vertical, sin perder de vista que el grueso de la contratación debe realizarse con IPS externas.

Respecto del segundo cargo, que se centra en la violación del principio de reserva legal, el Ministerio sostiene que si bien la Ley 1122 de 2007 no indica las situaciones o conductas que constituyen abuso de posición dominante y conflicto de interés, ni dispone aparentemente las reglas mínimas para su reglamentación por parte del Gobierno Nacional, tal vacío desaparece cuando la disposición acusada se integra con la Ley 100 de 1993 y las normas generales que regulan la libre competencia y el abuso de la posición dominante, las cuales configuran el marco necesario para que el Gobierno desarrolle la facultad legítima de reglamentación.

En relación con el tercer cargo, que el actor apoya en una supuesta vulneración de la reserva de ley y del principio de legalidad, al no estar definidos los contornos de la obligación que se impone a las EPS de contratar IPS públicas, considera que el actor hace una lectura subjetiva de la norma al señalar que el legislador debe fijar porcentajes exactos con miras a establecer el cumplimiento de lo dispuesto en ella. Que, en ese sentido, el problema planteado está relacionado con los linderos en la reglamentación y las eventuales inconsistencias que puedan suscitarse a ese nivel, lo cual no corresponde examinar a la Corte Constitucional en su función de salvaguarda de la integridad de la Constitución Política.

Frente al cuarto cargo, según el cual el artículo 15 desconoce los principios de eficiencia y universalidad del sistema de seguridad social en salud, el Ministerio responde que “dicho enjuiciamiento parte de una hipótesis que no se demuestra y es, precisamente, la aminoración de costos y desde allí el nirvana en salud que se plantea. Además de los argumentos que señalan que ello no es cierto, llevando al extremo el argumento, si fuera verdadera la premisa de la cual parte el accionante, el legislador debería forzosamente exigir la integración vertical y anular cualquier otra forma organizativa”. Manifiesta que, por el contrario, la medida persigue potencializar la especialización de los actores y con ello los efectos benéficos que produce la existencia de límites en materia de integración vertical.

Finalmente, en lo que hace al quinto cargo, que el actor hace girar en torno a la vulneración del principio de confianza legítima, sostiene que aunque la demanda reconoce la posibilidad de modificación normativa, acoge una visión pétrea de la libertad de configuración, pues, en pocas palabras, la elimina en un tema tan sensible. Advierte que la “confianza legítima” no constituye un límite a la posibilidad de derogar una normatividad anterior, pues la persona no

goza de un derecho adquirido sino de una situación revocable, esto es, de una mera expectativa. A su juicio, es claro que la protección de esa confianza legítima, a diferencia de la garantía de los derechos adquiridos, no impide que el Legislador, por razones de interés general, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto, por lo que mal puede invocarse dicho principio para solicitar la inexequibilidad de la norma acusada.

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito público, a través de apoderada judicial, interviene en el presente proceso para solicitar a la Corte Constitucional que declare exequible la disposición demandada, con fundamento en los argumentos que se a continuación se resumen.

Con respecto a la legitimidad de la medida considera los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución le atribuyen al Congreso la facultad de hacer efectivo el derecho a la seguridad social mediante la expedición de leyes que aseguren el cumplimiento de los principios en ella consagrados; de allí surge que el legislador pueda, sin violar preceptos de mayor jerarquía, señalar requisitos y términos para el acceso a los derechos y prestaciones de la seguridad social, así como determinar las condiciones y el modelo que permitan concretar tales derechos y prestaciones (Sentencias C-575/92, C-149/94, C-126/95 y C-663/98, C-126 de 2000, C-130 de 2002).

Sostiene que para organizar el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el legislador puede introducir elementos que tengan en cuenta, entre otros, la eficiencia en el manejo de los recursos, el equilibrio financiero y la progresividad del derecho a la salud. Es así que el legislador es competente para definir límites y condiciones dentro de las cuales pueden participar los particulares en la actividad de la seguridad social (Sentencias C-616 de 2001 y C-512 de 2002).

Afirma que las leyes y demás normas que regulan la seguridad social, deben tener en cuenta aspectos presupuestales y financieros eficientes que permitan la mejor utilización de los recursos y condiciones de equidad para todos los actores del sistema. En ese sentido, el legislador puede introducir límites o condiciones si se dirigen hacia la eficiencia en la utilización de los recursos de la seguridad social y al bienestar de los afiliados. En este contexto señala que “el Legislador al reglamentar la organización y funcionamiento de la seguridad social, facultad que se deriva de que no se trata de una actividad económica ordinaria pues hace parte del servicio público de salud, debe tener en cuenta que la administración y prestación de la seguridad social comporta riesgos sociales, además de que comporta el manejo de recursos fiscales y parafiscales en su atención. Es por ello que el Legislador cuenta con un amplio margen de regulación en virtud del cual, los límites y condiciones que establezca se sustentan y explican desde el interés que le asiste al Estado en la prestación del servicio público de que se trata”.

Considera que al regular la prestación de los servicios de salud y el modelo de seguridad social, es posible introducir límites y prohibiciones tanto a las Entidades Promotoras de Salud como a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, para impedir o prevenir prácticas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia y escogencia dentro del Sistema. A su juicio, la disposición acusada tiene como fin garantizar la adecuada calidad en la prestación de los servicios de salud, de manera que ésta sea integral,

continúa, oportuna, humanizada y sobre todo eficiente para los afiliados. En este sentido, no resulta admisible que la libertad económica esté por encima de la especial protección del usuario y de los derechos constitucionales derivados de la seguridad social en salud.

Recuerda que para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución, la Ley 100 de 1993 desarrolló el sistema general de salud, a partir de un modelo organizacional que consideró adecuado para facilitar el cumplimiento de los fines constitucionales y la competencia de sus participantes. Creó así, dentro de un régimen de competencia, a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) para la administración de los recursos del régimen contributivo y a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) para la prestación de los servicios de salud.

Sostiene que no obstante lo anterior, el Legislador, tras el análisis de lo que ha sido el devenir de ese modelo, consideró necesario variar y modificar las condiciones en las cuales los particulares pueden participar en la prestación del servicio, lo cual sigue estando acorde con los postulados de la Constitución Política, en tanto que en esta materia la colaboración privada sólo es posible de acuerdo con la ley. Además, no existe ninguna restricción constitucional para que el legislador regule la relación entre las EPS y las IPS.

Concluye que los cargos deben ser desestimados porque: (i) la ley fue expedida dentro del amplio margen de configuración normativa que se confiere en la Constitución para regular el servicio de salud; (ii) la ley respetó la participación facultativa de los particulares en la prestación del servicio; (iii) la participación de los particulares está sujeta a lo que establezca la ley para la mejor utilización de los recursos, la prevención del abuso de posición dominante y la maximización de la calidad de los servicios (Sentencia C-616 de 2001).

3. Superintendencia de Industria y Comercio

La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de su representante legal, solicita a esta Corporación que la disposición demandada se declare inexequible, de acuerdo con los argumentos que a continuación se sintetizan.

Sostiene que en la Constitución Política la libre competencia es un derecho ciudadano (art.333) y que para ello la ley establece un control previo a las integraciones empresariales (art. 4 Ley 155 de 1959) con el objetivo de impedir que a través de éstas se restrinja indebidamente la competencia. “Las integraciones no son per se nocivas. Por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, ellas generan eficiencias, lo que significa que sus efectos pueden ser positivos para el mercado y la sociedad”.

Advierte que es tarea de la autoridad competente verificar en cada caso concreto “los beneficios, en términos de eficiencia y bienestar de los consumidores, de las operaciones que le son informadas, previniendo aquellos riesgos potenciales para la competencia que pueden generarse, por ejemplo, cuando a través de las mismas se crea o fortalece una posición de dominio. Para tales efectos, la autoridad encargada habrá de adelantar el estudio respectivo para cada operación de integración que le sea informada, identificando los mercados relevantes afectados, el cambio de la estructura del mercado, las barreras de entrada, etc., aspectos estos que deben ser evaluados respecto de cada operación en particular”. Considera que si luego de esta evaluación se concluye que la integración informada no

restringe indebidamente la competencia, la autoridad se pronunciará en tal sentido y, en consecuencia, las empresas podrán llevar a cabo la operación pretendida. En caso contrario, la operación podrá ser condicionada, de manera que se impongan remedios estructurales o de comportamiento para contrarrestar los inconvenientes que en materia de competencia se produzcan como resultado de la misma, o bien será objetada si se establece que no existen eficiencias significativas y no hay viabilidad de algún tipo de condicionamiento.

Efectuadas las anteriores precisiones, señala que "la contratación de los servicios de salud por parte de una EPS con su propia IPS no constituye en sí misma una operación de integración empresarial, puesto para que ello ocurra es necesario, entre otros supuestos, que la operación se presente entre empresas que no se encuentran bajo un mismo direccionamiento o control. Ello no sucede cuando una EPS realiza contrataciones con una IPS propia, pues en tal caso estaríamos frente a una misma unidad económica. No obstante lo anterior, no cabe duda que limitar el monto de la contratación que las EPS pueden hacer con sus propias IPS, se constituye en un claro desestímulo a las integraciones entre este tipo de empresas (…)".

En esa medida, sostiene que desde el punto de vista jurídico la integración vertical entre una EPS y una IPS sólo puede darse cuando se trata de empresas independientes que deciden realizar una operación de integración, mediante la fusión, la compra de activos, la integración empresarial, etc. Puntualiza que "Asimismo, tampoco estaríamos hablando de operación de integración vertical cuando una EPS decide crecer internamente y crear una IPS para prestar a través de ésta el servicio de salud. En este caso, las empresas estarían sujetas a las disposiciones legales que las previene de realizar actos contrarios a la libre competencia".

Por otro lado, la Superintendencia considera que la disposición demandada vulnera el artículo 333 de la Constitución Política, toda vez que afecta el derecho constitucional a la libre empresa y a la libre competencia.

Señala que la libre competencia tiene por finalidad mejorar la eficiencia del aparato productivo, facilitar a los consumidores el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, garantizar que las empresas puedan participar libremente en los mercados y permitir que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. Así las cosas, considera que del precepto acusado resulta una afectación a la libertad de empresa y a la libre competencia de las EPS, en la medida en que restringe, sin respaldo constitucional, la libertad de contratar los servicios de salud con sus propias IPS. Afecta igualmente el derecho de las IPS de acceder a los contratos de las EPS con las que tienen una misma unidad económica. Y afecta, sin duda, a los consumidores, en cuanto que les restringe el libre acceso al mercado.

Sostiene que la intervención del legislador en la libertad de empresa y la libre competencia, no es razonable toda vez que la medida adoptada en el artículo acusado, no es eficaz para evitar las restricciones indebidas de la competencia. Tal intervención resulta injustificada, si se tiene en cuenta que existen otros mecanismos que permiten, sin afectar la libre empresa y la libre competencia, evitar las restricciones indebidas de la competencia.

Así mismo, manifiesta que limitar mediante una regla general -como la que prevé la

disposición legal demandada- la contratación entre una EPS y sus propias IPS, en procura de "regular la posición dominante" equivale a suponer que todas las EPS del mercado ostentan posición de dominio, sin que medie, por parte de la autoridad de competencia, el análisis de los mercados respectivos en los que ellas actúan, mecanismo imprescindible para arribar a esa conclusión.

Concluye que la disposición legal demandada pretende implantar una regla general que, a más de desconocer las diferencias que existen entre unas y otras EPS dentro del mercado, omite la necesidad de adelantar el análisis del mercado, único mecanismo a partir del cual se establece si una empresa tiene o no posición de dominio y si, que es lo reprochable, está abusando de la misma.

4. Superintendencia Nacional de Salud

La Superintendecia Nacional de Salud, a través de apoderado judicial, intervine en el presente proceso para solicitarle a la Corte que declare la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación.

Sostiene que la Constitución Política ha adoptado un concepto amplio de seguridad social, el cual define como un servicio público de carácter obligatorio que se presta 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 (art. 48). Dado lo anterior, al Estado le corresponde organizar, reglamentar y dirigir su prestación para garantizar el acceso, promoción y protección de todas las personas.

Aduce que la misma Constitución le confirió connotación de interés público a la prestación del servicio de salud, de manera que sus normas son de orden público y obligan a quienes colaboran con el Estado en dicha tarea, lo que justifica, además, el control, supervisión y vigilancia del Estado.

Sostiene que la ley contempla un diseño institucional dentro del cual es posible diferenciar, por un lado, a las Entidades Promotoras de Salud –EPS- quienes tienen a su cargo la afiliación de los usuarios, la administración de la prestación de los servicios de las IPS y la obligación de suministrar a los afiliados el plan obligatorio de salud; además, tienen la función de organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias acceden a los servicios de salud. Pero, principalmente, tienen la responsabilidad de recaudar las cotizaciones obligatorias de los afiliados del sistema, de las cuales se tomarán los recursos para la prestación de los planes obligatorios de salud y los fondos de compensación que maneja el FOSYGA. Que, en consecuencia, es vital para la efectividad del derecho a la salud que las Entidades Promotoras de Salud funcionen eficientemente y que si no están cumpliendo su finalidad, se tomen las medidas a que haya lugar para garantizar la prestación adecuada del servicio.

Por otro lado, están las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud -IPS- (entidades públicas, mixtas, privadas, comunitarias o solidarias), cuya función es prestar los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios de las EPS, en su nivel de atención correspondiente. Que así, las IPS son entidades ejecutoras dentro del sistema, pero no administradoras del mismo, en cuando tal función se encuentra a cargo de las EPS.

Advierte que a pesar de que ambos tipos de entidades son integrantes del sistema, cumplen funciones distintas que no pueden confundirse ni servir de excusa para negar la atención de los afiliados. En este contexto precisa: “las EPS no pueden desatender su función propia de ser prestadoras del servicio de salud y enviar al afiliado- cotizante o beneficiario-, a que acuda directamente a la IPS con la cual tenga contrato para la efectiva prestación del servicio, pues son las encargadas de autorizar el servicio correspondiente y de establecer los mecanismos para que la atención sea integral, eficiente y oportuna”.

Sostiene, en relación al tema de la integración vertical, que la Seguridad Social en Salud no puede ser prestada sino en la forma establecida en la ley. Así por ejemplo, cuando el artículo 51 de la Ley 715 de 2001 estableció una limitación a las Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS- en relación a las IPS con las que debían contratar, la Corte declaró su constitucionalidad por cargos similares a los acá presentados (Sentencia C-331 de 2003). Así, no limitar la contratación de la prestación de los servicios de salud por parte de las EPS con su red propia, sería permitir un mercado imperfecto, en contravía de los fundamentos del servicio público mencionado en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, uno de los cuales es la libertad de escogencia por parte del usuario.

En relación con este concepto sostiene que la “libre escogencia” es una característica básica del régimen, en virtud de la cual se garantiza el derecho de los afiliados al SGSS de elegir libremente, de acuerdo con las condiciones de oferta de servicios, la entidad que estará a cargo de atender sus requerimientos en salud. Por lo tanto si no existiera un límite a la contratación con la red propia, una entidad promotora de salud que cuente con dos instituciones prestadoras de servicios de salud de su propiedad que le permitan atender el 100% de sus pacientes, sólo ofrecería dos opciones de servicio en contravía del derecho a la libre escogencia.

Aduce que dentro del marco constitucional el legislador puede recurrir a distintos modelos para concretar los derechos prestacionales. En ese orden, el diseño escogido por el legislador no puede considerarse como una limitación de la libertad de empresa y la libre competencia, pues se está frente a un sector en que los particulares sólo pueden actuar en los términos en que lo permita la ley.

Por otro lado, el interviniente afirma que el legislador no está introduciendo cambios bruscos en el sistema de la seguridad social en salud, lo cual implicaría la violación al principio de confianza legitima, pues la norma demandada proporcionó a las EPS un tiempo prudencial de un año (1) para enfrentarse y adaptarse a la nueva situación. Añade que la confianza legítima no es un límite para que el legislador realice un cambio de legislación, más aún cuando se trata de buscar el bien común.

A su juicio, la libertad económica está reconocida y garantizada por la Constitución, pero dentro de los límites del bien común y del interés social; por ello, sin dejar de lado la libre competencia, la Constitución ha previsto para la preservación de valores superiores, la posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Concluye así, que contrario a lo afirmado en la

demanda, si se dejara a la EPS la contratación sin ningún límite de su red privada, se facilitarían prácticas restrictivas de la competencia y actos orientados a obstruir o restringir la libertad económica, lo cual es contrario a los conceptos que el actor mismo defiende.

En relación con la reserva de ley señala que la expedición de un decreto reglamentario por parte del Gobierno Nacional que regule el tema de la integración vertical no riñe con la facultad reglamentaria ni con la reserva de ley, en tanto que no se ha deslegalizado la materia y la ley ha señalado los mínimos legales que se deben concretar.

Concluye que la disposición acusada evita tratos desiguales, en tanto que impide que las IPS que no pertenecen a una EPS sean excluidas del mercado.

5. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –ACEMI-

La Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –ACEMI-, dentro del término de fijación en lista, intervino en el presente proceso a través de su Presidente Ejecutivo, para solicitarle a la Corte que declare inexequible la disposición demandada, con base en los argumentos que se resumen a continuación.

5.1 El artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 vulnera los artículos 48 y 49, el principio de eficiencia de la seguridad social y de la prestación del servicio de salud.

Sostiene que la necesidad de desarrollar la integración vertical en salud surge como instrumento para mejorar la eficiencia en el manejo de recursos del sistema y el acceso a los servicios de salud, proporcionando una oferta de servicios ajustada a las necesidades de la población. En efecto, considera que “En general, la integración permite mejorar la calidad percibida por los usuarios del servicio. La eficiencia se mejora por las economías a escala, por la habilidad de dispersar el riesgo cuando el pago se realiza por capitación, por la reducción de costos de transacción, de negociación y la facilidad de hacer cumplir los compromisos contractuales y por la creación de un contexto apropiado para la innovación continua”.

En este sentido considera que la norma demandada es contraria a la Constitución por varias razones:

(i) Se afecta negativamente la eficiencia en el manejo de los recursos financieros, al restringir los beneficios que se logran con la red propia como puerta de entrada al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La limitación a la integración vertical podría tener efectos devastadores pues elimina las ventajas de las economías de escala, entre ellas el ahorro que genera la prestación integrada de servicios en los diferentes niveles de atención. El interviniente cita y explica cifras y estudios de ahorro en un sistema con integración vertical, discriminando por: atención primaria o primer nivel de atención (prestada por los médicos generales que actúan como puerta de entrada y quienes hacen un manejo integral del paciente, maximizan el control de frecuencias, reducen la repetición de exámenes, orientan la prevención en salud etc.)1; Servicios Hospitalarios (en redes integradas de IPS y asegurador se reducen los días de hospitalización y el costos promedio de la atención); Servicios de Alto Costo (servicios en que a pesar de los eventos no son tan frecuentes cómo las hospitalizaciones normales, el ahorro por cada caso es mucho mayor cuando hay integración)2.

Concluye que las eficiencias que perdería el Sistema General de Seguridad Social en Salud por la limitación de la integración vertical ascienden a por lo menos el 18% del gasto en salud, lo que significaría al año una suma aproximada de $ 846.521 millones de pesos del 2007: "adicionalmente, esta medida tendría un impacto negativo en las coberturas de prevención y promoción en la salud de las personas y en la satisfacción de los usuarios con la oportunidad y calidad de la atención. La cifra mencionada arriba puede llevar a un desequilibrio de la subcuenta de compensación que podría implicar un aumento de la cotización de casi dos puntos adicionales, afectando a los trabajadores al recibir menos ingresos o al sector empresarial al tener que pagar más por el mismo servicio".

(ii) Se restringen los derechos de los usuarios a acceder a una oferta adecuada de servicios de salud. La limitación de la integración vertical restringe la posibilidad de las EPS de subsanar con red propia la insuficiencia de oferta de servicios en una determinada región o frente a ciertas enfermedades, lo cual se agrava con la concentración de instituciones prestadoras de servicio (IPS) en las ciudades más importantes y la inadecuada oferta en ciudades intermedias o municipios más apartados.

Cita diversos ejemplos y concluye que la disposición acusada pone en riesgo la salud de los afiliados, pues desconoce si existe capacidad en IPS diferentes para asumir los servicios que se vienen prestando por la red integrada de las EPS.

5.2 El artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 viola el artículo 83 de la Constitución Política, en cuanto al principio de la confianza legítima.

Sostiene que la confianza legítima proviene de la buena fe como límite del poder legislativo y que en el caso concreto se viola ese principio "considerando que las normas que permiten la prestación directa de servicios han estado vigentes durante muy largo tiempo permitiendo a las entidades hacer inversiones en infraestructura sin que se hayan presentado modificaciones o restricciones durante dicho período. Tanto la legislación como la jurisprudencia han permitido a los particulares acomodar de buena fe sus comportamientos a la facultad de prestar servicios."

Indica que desde la creación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 100 de 1993), las Entidades Promotoras de Salud – EPS- han estado facultadas para prestar servicios directos, como parte de su objeto social, lo que ha generado inversiones considerables en infraestructura para la prestación directa del Plan Obligatorio de Salud – POS, con el objetivo de garantizar el acceso a los servicios de salud de su población afiliada, mediante una administración eficiente de los recursos disponibles para ese fin. Sin embargo, con la restricción que impone disposición demanda, se obliga a las entidades a desmontar la red directa de servicios en el porcentaje que supere el 30% del gasto en salud.

Sostiene que la medida va en contravía de los parámetros internacionales de establecidos por la Organización Panamericana de la Salud para el manejo de los sistemas de salud, los que están basados en la atención primaria reforzada (la que realiza el médico de entrada al sistema) que el legislador obliga a abandonar.

Hace referencia a la jurisprudencia de la Corte en la que se ha reiterado la posibilidad de prestación directa por parte de las Empresas Promotoras de Salud (Sentencias C-616 de

2001, C-974 de 2002 y C-349 de 2004) y concluye que la norma demandada desconoce las inversiones realizadas de buena fe y amparadas por el principio de confianza legítima.

5.3. El artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 viola los artículos 333 y 334 de la Constitución Política porque introduce una restricción irrazonable y desproporcionada de la libertad de empresa.

Cita el artículo 333 de la Constitución Política, así como las Sentencias C-616 de 2001 y C-615 de 2002, con base en lo cual señala que según la Corte Constitucional la libertad económica se define como la facultad de las personas de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias y habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. También indica que según la misma sentencia la libertad económica está conformada por la libertad de empresa y la libre competencia.

Expresa que, en este orden, la jurisprudencia ha considerado que si bien el Estado tiene el deber de organizar, dirigir, regular, controlar y vigilar la prestación de los servicios de salud, la libertad de configuración del legislador está limitada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, violados en este caso de la siguiente manera:

(i) La disposición demandada vulnera el núcleo esencial de la libertad de empresa toda vez que se afecta de manera drástica el objeto social de las Entidades Promotoras de Salud.

A su juicio las EPS han sido creadas para la administración del riesgo de la población afiliada mediante la prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS-. La función de administración del riesgo en salud se estableció en la Ley 100 de 1993, artículos: 153-k, 162-5, 177, 178, 179 y 180, la cual no puede escindirse de la prestación de los servicios de salud.

A su juicio, las EPS deben conocer el riesgo en salud de sus afiliados, prevenir que estos se enfermen, garantizar su acceso a los servicios necesarios y adecuados, brindar estándares de calidad y, además, hacer que todo esto sea eficiente en términos económicos. Es así que la prestación del servicio es un elemento de la esencia del aseguramiento y por tal razón hace parte del objeto social de las Entidades Promotoras de Salud – EPS. Las EPS deben tener entonces control y gestión directa sobre la puerta de entrada al servicio (atención primaria) para poder administrar el costo de los servicios y alcanzar eficiencias de escala que permitan mejorar los resultados en salud.

Así, considera que la integración vertical tiene efectos positivos porque asegura el conocimiento del paciente; garantiza la continuidad e integralidad del servicio (atributos de la calidad); genera eficiencias derivadas de la adecuada utilización de recursos y de las economías de escala; garantiza el servicio en zonas en las que no hay atención pública; y permite mejorar la calidad del servicio.

Indica que conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, el aseguramiento a cargo de las EPS es diferente del contrato de seguro comercial, por la relación directa de dicha actividad con la prestación de un servicio público. En especial señala que en el seguro tradicional hay libertad sobre los riesgos que se desean asumir, en tanto que en el sistema de salud el riesgo asegurable es fijado por la ley; el primero es un sistema de vinculación voluntaria, mientras

que el segundo no, pues la EPS no puede negar la afiliación de ningún usuario; la cobertura de este último no la pactan las partes sino que se regula en la ley; la prima y deducibles de un seguro comercial son fijados por la compañía aseguradora y aceptados por el tomador, en tanto que en el sistema general de salud los referentes del precio son establecidos por el Estado (Unidad de pago por capitación, cuotas moderadoras, etc.); en el seguro tradicional la cobertura se hace sobre el riesgo asegurado, en tanto que las EPS deben responder además por daños ya consumados (no hay preexistencias), actividades preventivas y de control, etc.

Concluye que de acuerdo con lo anterior "la norma demandada que limita la prestación directa de los servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud EPS, limita el núcleo esencial de la libertad económica de dichas entidades, pues les impide realizar una adecuada gestión, en el único aspecto frente al cual han tenido y deben tener autonomía".

(ii) La medida adoptada no es un mecanismo idóneo ni necesario para controlar el abuso de posición dominante.

Sostiene que el otorgamiento de esta facultad es innecesario, considerando que en la actualidad existen mecanismos legales para el control al abuso de la posición dominante, los cuales están a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio. Hace énfasis en que de acuerdo con el Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio no sólo tiene facultades de asesoramiento de políticas contra el abuso de posición dominante, sino que cuenta con instrumentos para atacar actos ilegales en dicha materia (art.50): puede ordenar la suspensión, modificación o terminación de conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas, dentro de las cuales se encuentra el abuso de posición dominante; puede sancionar a las empresas infractoras e incluso a sus administradores y representantes, en caso de violación de las normas sobre competencia, y puede adoptar medidas análogas.

Recuerda que dichas facultades fueron reiteradas en materia de salud en el Decreto 1663 de 1994 (art. 10º) y que, en general, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene facultades expresas para controlar el abuso de posición dominante en cualquier sector económico; igualmente, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 1485 de 1994, por el cual se regula la organización y funcionamiento de las EPS y la protección de sus usuarios, las operaciones entre matrices y subordinadas deben tener en cuenta las condiciones generales del mercado, siendo consideradas prácticas no autorizadas los acuerdos que violen dicha disposición; además, según lo establece el artículo 31 de la Ley 222 de 1995 los organismos de control pueden verificar la realidad de las operaciones que se realizan entre empresas vinculadas económicamente y que las mismas no se desarrollen en condiciones contrarias a las del mercado, pudiendo imponer multas y ordenar las suspensión de esas actividades.

Señala entonces que ninguna de esas herramientas de control fueron tenidas en cuenta y que, además, al aprobar el artículo demandado, el legislador no entró a regular ni a definir cuáles son los abusos que en materia de posición dominante ejercen las EPS. En este sentido, la medida adoptada limita el núcleo de la libertad económica sin una justificación razonable. La eficiencia en la prestación del servicio no desmejora con la prestación directa de servicios de salud sino que por el contrario permite mayores estándares de calidad y eficiencia en la administración de los recursos. Por tanto, la restricción a la prestación directa de servicios por parte de las EPS no garantiza la finalidad perseguida: eficiencia y calidad en los servicios

de salud.

(iii) La medida legislativa no cumple el requisito de proporcionalidad

El interviniente señala que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, la proporcionalidad de una medida consiste en que "el sacrificio que produce mediante la limitación de los derechos no sea superior al beneficio conseguido, de tal manera que si el daño que produce es superior al beneficio que reporta a los administrados, debe ser declarada inconstitucional".

Considera que en este caso la disposición acusada no está controlando ningún acto en particular que configure abuso de posición dominante, sino restringiendo, sin ninguna razón para ello, la posibilidad de competir, lo cual es un valor fundamental de la libertad de empresa y de las economías de escala que se refleja en beneficio del mercado.

Indica que con la norma acusada se afecta el principio de eficiencia de la seguridad social y de la prestación del servicio de salud; a su juicio, los beneficios de la medida, además de no guardar una relación de idoneidad con las finalidades propuestas, las cuales serían en el mejor de los casos eventuales, resultan inferiores a las graves consecuencias en materia de eficiencia de la seguridad social y de la prestación del servicio de salud. Además, al restringir la oferta de los servicios de salud y los beneficios de la integración vertical, se afecta la progresividad y se presenta un retroceso en materia de cobertura y calidad en la prestación del servicio.

Manifiesta que esa afectación del derecho de los usuarios al acceso a los servicios en forma adecuada, oportuna y suficiente se da porque la asociación vertical ha hecho posible que las EPS ofrezcan los servicios de salud dentro de una red la prestación directa con las mejores calidades; el paciente perderá la posibilidad de apoyar la elección de su EPS en aspectos como la oportunidad de la atención, la infraestructura, la accesibilidad geográfica o el precio, o en aspectos de los profesionales o del personal que le atiende.

5.4 El artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 viola el derecho de asociación consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política.

Considera que la disposición acusada le restringe a los profesionales de la salud el derecho libre y voluntario de fundar o ser socios o cooperados en IPS conjuntamente con EPS, "en la medida en que una vez éstas cumplan el porcentaje de contratación del 30% del gasto en salud con dichas IPS, los profesionales en cuestión quedan imposibilitados para prestar sus servicios profesionales a la respectiva EPS, a través de la IPS en cuyo capital participen simultáneamente la EPS y los citados profesionales". En esa medida, dice, se compromete y vulnera el derecho de asociación en cuanto establece una sanción a los profesionales de la salud consistente en la limitación a la creación de IPS en asocio con EPS.

6. Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas –ACHC-

La Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, a través de su director general, solicita a la Corte Constitucional la declaratoria de exequibilidad de la disposición demandada, pues en su concepto esta última no sólo no implica una limitación irrazonable y desproporcionada de

la libertad de empresa, “sino que constituye un mecanismo indispensable para corregir problemas en el sistema de salud y mejorar, en consecuencia, la prestación de los servicios de los usuarios”.

El interviniente comienza su escrito haciendo referencia a las competencias del legislador en el servicio público de salud. Sostiene que la aceptación de la salud como un derecho, lleva consigo obligaciones positivas que se traducen en proporcionar las condiciones, bienes y servicios que hacen viable su conservación y recuperación. Estas obligaciones, en un Estado Social de Derecho, están principalmente a cargo del Estado quien debe diseñar, implementar y poner en práctica mecanismos que garanticen efectivamente el derecho a la salud. Es así que el Sistema General de Seguridad Social se convierte en el centro de los lineamientos que el Estado ha diseñado para garantizar el derecho a la salud.

Cita los artículos 49 y 365 de la Constitución y concluye que de ellos se derivan tres reglas básicas: la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado; la participación de los particulares en la prestación del servicio de salud es legítima, pero ello no releva al Estado de intervenir en el sistema y establecer las reglas para su funcionamiento; la seguridad social en salud, como servicio público, debe prestarse “en los términos y condiciones que defina la ley.”

Advierte que el actor parte de supuestos equivocados que no se derivan de la Constitución:

– En primer lugar, los servicios públicos son prestados por entidades públicas y privadas, así que no es cierto que la Constitución haya dejado sólo en manos de los particulares la prestación de los servicios públicos de salud, ni haya adoptado un modelo exclusivamente privatista en este tema.

– En tercer lugar, no es cierto que la posibilidad de intervención del Estado en la prestación de un servicio público sea excepcional. Por el contrario, la Carta ha establecido un modelo en el que la intervención estatal en la prestación de servicios públicos y en cualquier otra actividad que materialice las finalidades sociales del Estado, es permanente, e incluso mayor de la que se predica de las actividades en las que ordinariamente se desenvuelve la esfera de la libertad económica. En la salud no puede operar una lógica de absoluta libertad económica, que anule o limite al extremo la intervención Estatal.

A renglón seguido, el interviniente se refiere a tres dificultades centrales de la integración vertical:

6.1. Afectación del derecho a la libre elección de los usuarios.

Considera que las características propias del sector y de la interacción entre la producción de servicios y el seguro de salud, ha demostrado que la integración vertical total no lleva necesariamente a maximizar la eficiencia y calidad de los servicios de salud, sino que en sistemas imperfectos, como de hecho es el colombiano, incluso puede tener consecuencias negativas en términos de la libre elección de los usuarios y la calidad de los servicios prestados, así como distorsiones en la igualdad de condiciones en las que los actores deben entrar a competir en el sistema.

Advierte que el diseño institucional previsto en la ley 100 de 1993 busca separar el aseguramiento de la prestación. Para ello, le atribuyó unas funciones precisas a las EPS y otras a las IPS. Tal separación de competencias es una de las características principales del sistema y tiene su lógica en términos de la filosofía y del rol que deben cumplir cada uno de sus agentes. Las EPS cumplen su función principal como aseguradores y administradores del riesgo, y las IPS como prestadores del servicio. Las EPS tienen un claro interés en contener gastos, lógica que no opera de la misma manera en la prestación de servicios de salud, cuya misión principal es la asistencial. Precisa que "El sistema funciona en la medida en que se llega a un punto intermedio entre estas dos racionalidades en tensión".

Sostiene que contrario a lo que pretende la demanda, un sistema de integración vertical total en salud no permite ese punto intermedio: cuando una misma entidad, en este caso las EPS, cumple el doble rol de aseguramiento y de prestación, esta última termina dirigida por la lógica del aseguramiento, o de contención de gastos. En otras palabras, "termina por imponerse un criterio eminentemente económico, o como lo mencionan algunos tratadistas, mercantilista, de la salud". Así, "una lógica predominantemente mercantil en un sistema que tiene como eje central la garantía de un derecho humano, es altamente perjudicial".

Indica que en el derecho colombiano se ha evidenciado que un modelo que privilegia la lógica de la contención de gastos, genera unas reglas de funcionamiento que presionan la renuncia de beneficios sociales o individuales de la atención en salud. Cita estadísticas sobre prestación del servicio que a su juicio evidencian la imposición de un criterio mercantilista3 y asegura que con ello no quiere decir que todo el sistema de la salud deba enmarcarse en la lógica del asistencialismo, pero sí que debe mantenerse su equilibrio "para garantizar al mismo tiempo una prestación adecuada y con calidad a los usuarios y una sostenibilidad financiera del sistema".

Sostiene que la eficiencia no puede ser la que imponen las aseguradoras (relacionada con la reducción de sus costos internos) sino la que se evalúa en relación con el cumplimiento del interés general y, principalmente, con la garantía de los derechos de los usuarios; a su juicio, en la prestación de los servicios públicos, es dable sostener que un sistema de integración vertical total, como el que defiende el demandante, no cumple con este principio esencial, básicamente porque con él se afectan derechos de los usuarios, entre ellos el de la libertad de elección, al igual que el derecho a recibir información oportuna, suficiente y veraz de sus aseguradoras.4

Afirma que la libertad de elección no puede limitarse a la escogencia de sedes sino a la posibilidad real del usuario de optar entre alternativas de servicio cualitativamente diferentes; que no es cierto, como lo afirma el actor, que la libertad de elección se garantiza en la posibilidad que tienen las personas de cambiarse de EPS, pues la ley tiene restricciones temporales para ello, que se suman a las dificultades burocráticas y de trámite que fija cada EPS.

6.2. No se garantiza mayor calidad y cobertura en el sistema

Considera que, contrario a lo que afirma el actor, la integración vertical no garantiza una mejor atención y calidad de los servicios de salud, así que "lejos de corregir las deficiencias del sistema, la integración vertical ha servido para incrementar ciertos problemas".

Indica que, por ejemplo, ese sistema ha exacerbado la excesiva oferta de servicios en los centros urbanos por oposición a las zonas más alejadas del país, en tanto que las EPS prefieren desarrollar infraestructura en los lugares en que existen tasas de retorno y rentabilidad asegurada; así mismo, la integración vertical ha incentivado la utilización de recursos destinados a la prestación del servicio en la construcción de infraestructura que pasa a ser propiedad de las EPS. En esa medida, "no se puede pedir al legislador que sea indiferente y deje su solución al libre juego del mercado, sin entrar a cumplir las funciones propias que le corresponden en un Estado Social de Derecho".

6.3. Afectación de la libre competencia

Señala que contrario a la presentación hecha por el demandante, la norma acusada pretende garantizar el ejercicio de las libertades económicas de los diferentes prestadores de servicio, toda vez que la integración vertical afecta la libre competencia, exigiendo la adopción de límites para garantizar la igualdad de acceso y permanencia al sistema de los diferentes agentes económicos. En efecto, afirma, la práctica de la integración vertical en salud viene demostrando que las IPS independientes, sean públicas o privadas, tienen muy pocas posibilidades de competir frente a las IPS integradas: "Como ya se dijo, las EPS son la puerta de entrada al sistema, quienes controlan la información, además de ser los principales compradores de salud. Si éstas, como viene sucediendo, contratan prácticamente y en forma exclusiva con su propia IPS, las demás IPS no integradas, públicas o privadas, tenderán a desaparecer o por lo menos ver comprometida su existencia como prestadoras de servicios de salud independiente".

Considera que en ese contexto, el legislador ha intervenido no para beneficiar a las IPS independientes ni para limitar los derechos de las EPS, sino para garantizar que la competencia por los servicios de salud se de en condiciones de libertad e igualdad, que son condiciones esenciales de la libre competencia económica que el mismo actor defiende.

Sobre el punto de la posición dominante y los abusos que pueden presentarse en virtud de una integración vertical total, la interviniente sostiene que no son simples especulaciones del legislador como lo afirma el actor, pues las EPS se encuentran en una situación que les permite incidir de forma decidida y permanente tanto en la conducta de los prestadores de servicios de salud, como en la de los usuarios. Advierte que frente a esas situaciones de posición dominante, la Constitución prohíbe su abuso, tal como está desarrollado en los artículos 50 del Decreto 2153 de 1992 y 7º de la Decisión 608 de la Comunidad Andina, lo que legitima la acción del legislador de adoptar una nueva medida que impida esa situación. A su juicio, las herramientas contra el abuso de la posición dominante no deben ser únicamente correctivas, sino que pueden ser preventivas, tal como se deriva del artículo 333 de la Constitución Política.

En la tercera parte de la intervención, la Asociación de Clínicas y Hospitales se refiere a los diversos cargos que presenta el actor, frente a los cuales señala:

– El artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 cumple el principio de razón suficiente exigido por la Constitución para este tipo de intervenciones.

Considera que la medida adoptada es legítima, pues la limitación que se examina es

producto de estudios, análisis y discusión de varios años sobre los problemas del sistema de salud. Sostiene que la restricción del 30% no vulnera el “núcleo esencial” de la libertad de empresa, la libre iniciativa privada o la libertad de competencia de las EPS porque, por un lado, no afecta la actividad principal de las entidades prestadoras de salud y, por el otro lado, no es una prohibición total para que las EPS contraten con IPS propias.

Manifiesta que los fines perseguidos por el legislador para limitar la integración vertical tienen respaldo constitucional porque: (i) garantizan una mejor prestación de los servicios de salud y un real ejercicio de los derechos de los usuarios, en especial de su derecho a la libertad de elección; (ii) garantizan la competencia de los agentes prestadores de salud en condiciones de igualdad y evitan abusos de posición dominante, y (iii) evitan desequilibrios en la oferta de IPS que pongan en riesgo la cobertura del sistema. Se trata entonces, a su juicio, de finalidades que encuentran sustento en diferentes disposiciones de la Carta, en especial en los artículos 13, 16, 48, 49, 95 inciso 2°, 333 y 334.

Indica que la medida legislativa es razonable porque se trata del ejercicio legítimo de una competencia del legislador para diseñar el sistema de salud, evaluarlo en la práctica y corregir sus deficiencias. Competencia que faculta al Congreso, entre muchos otros aspectos, para definir la forma de participación y el régimen al que deben sujetarse los distintos actores del sistema, sean públicos o privados. Además, el mecanismo que contempló el legislador es sin duda idóneo para el cumplimiento de las finalidades correctivas que se propuso con la reforma: si lo que el legislador observó es que la restricción vertical total ha generado problemas para el sistema de salud, y de continuar su dinámica, éstos se profundizarían, es lógico que las restricciones a este sistema se presten como un mecanismo adecuado para corregir sus deficiencias.

En relación con la proporcionalidad señala: (i) la afectación que se puede derivar de la norma impugnada, es mucho menor que los beneficios que la disposición genera; (ii) la medida tiene impacto en un mínimo porcentaje de EPS, pues la dinámica de la integración vertical hasta ahora comienza, y con todo, ya ha empezado a demostrar sus efectos negativos; (iii) al tratarse de un servicio público de salud, los límites a las libertades económicas pueden ser mayores de los que se predican de actividades comerciales ordinarias. Hace énfasis en que el hecho de que la Corte se haya referido a la constitucionalidad del sistema de integración vertical (Sentencia C-616 de 2001), no significa que el sistema contrario sea inexequible, pues una y otra opción entran en el margen de configuración normativa que tiene el legislador.

– En cuanto al segundo inciso de la norma impugnada, el cual establece un periodo de seis meses para que el Gobierno reglamente las condiciones necesarias para evitar abusos de posición dominante o conflictos de interés de los diferentes actores del sistema, sostiene que el legislador simplemente reiteró las competencias que por Constitución y por ley tiene el Gobierno Nacional en materia de inspección, control y vigilancia. Obviamente, las competencias señaladas por el legislador permiten al Gobierno revisar sus decretos y adecuarlos a las nuevas circunstancias que estableció en la reforma introducida en la Ley 1122 de 2007. En ese sentido se entiende el llamado del legislador para que la nueva reglamentación se expida en un término perentorio.

– Respecto del parágrafo del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 (contratación de IPS públicas) advierte que el legislador actuó dentro del margen de configuración normativa, que le permite establecer límites a las libertades económicas en función de consideraciones de interés público. Señala que con esa medida el legislador buscó fortalecer la red pública de salud y garantizar su supervivencia, finalidad que cumple a cabalidad con los postulados constitucionales. Hay entonces, un interés legítimo del Estado por preservar las instituciones que le permiten prestar de manera directa el servicio público de salud, entre otras razones, porque son las IPS públicas quienes hacen presencia en todo el territorio nacional.

Anota finalmente que la disposición acusada busca desarrollar uno de los principios esenciales del sistema de salud, cual es la solidaridad, y mal podría decirse que para ello impone una carga exagerada o excesiva para las EPS del régimen contributivo; que así fue avalado por la Corte Constitucional al declarar exequible una medida similar, tendiente a fortalecer los hospitales públicos (Sentencia C-1250 de 2001).

7. Academia Colombiana de Jurisprudencia

El doctor Jaime Cerón Coral, actuando en nombre y representación de la Academia, manifiesta que la norma acusada debe ser declara inexequible.

Considera que la Constitución Política está fundamentada en una serie de principios, instituciones y reglamentaciones de orden económico, que sitúan al Estado dentro de un marco de reconocimiento expreso de la propiedad privada, de la libre actividad económica y de la iniciativa privada, en un contexto de libre competencia como derecho fundamental que legitima la opción individual de obtener ganancias y utilidades en una determinada actividad.

Afirma que el sistema económico colombiano es regulado por el Estado, quien actúa como un agente de la economía y cuyo objetivo primordial es la búsqueda de la solución de los grandes problemas del desarrollo social y crecimiento económico del país. En este sentido, dice, el papel de la regulación es “establecer normas claras que aseguren la adquisición y el uso de los factores de producción, de los productos o de los servicios, según corresponde”. Las actividades económicas se encuentran sujetas a sus propias variables y a la actuación de los agentes económicos, que interactúan con los medios de producción y fijan los precios a través de reglas de oferta y demanda.

Señala que la naturaleza del servicio de salud, como servicio público, permite articular tal sector en un todo coherente, razón por la cual el Estado se obliga, de una parte, a garantizar el acceso universal a los servicios de salud y, por la otra, a ejercer vigilancia y control adecuados para beneficio de la comunidad, pero garantizando en todo caso la libertad económica (art. 333 C. P.).

Precisa que la norma demandada viola los principios constitucionales de la libertad de empresa, iniciativa privada y libre competencia, en perjuicio no sólo de las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y los usuarios, sino también de aquellas personas naturales y jurídicas que en consideración y con fundamento en el derecho constitucional de la libertad de empresa y del principio de la legítima confianza decidieron efectuar inversiones de capital en EPS e IPS.

Advierte que la disposición bajo estudio desmotiva la inversión, vulnera la seguridad jurídica y afecta el crecimiento de la economía, impidiéndole a las EPS hacer uso de infraestructura propia “que les permiten el control de costos y garantizar de primera mano, la adecuada, oportuna y eficiente prestación de servicios a los usuarios”.

Señala que se debilita el derecho a la libre competencia “toda vez que obstaculiza a las EPS el ejercer su actividad dentro de un sistema competitivo con responsabilidades”, en el que a través del crecimiento y expansión puedan competir libremente dentro del mercado. Así, el artículo demandado distorsiona el derecho a la propiedad privada y a la iniciativa privada, la cual es libre y no atenta contra el bien común.

A su juicio, la Constitución Política estableció que la seguridad social en salud y pensiones puede ser prestada por los particulares sin ninguna limitación diferente a la supervisión y control del Estado. Advierte que el hecho que las EPS sean a su vez IPS o contraten con personas de su mismo grupo jurídico, está acorde con los postulados de la Carta, pues ésta faculta la intervención de los particulares en las diferentes instancias de organización de los servicios públicos, todo lo cual se traduce en mayor eficiencia y cobertura para los usuarios.

Señala que la Ley 100 de 1993 regula la libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios de salud. A su juicio, el sistema escogido en ese momento dentro de las diversas opciones que da la Constitución, otorga plena autonomía entre las administradoras y las prestadoras, con lo cual no se restringe u obstruye la libertad económica, por el contrario se desarrolla, pues al tener la EPS la posibilidad de elegir la mejor opción para garantizar la prestación de los servicios entre su propia entidad o la contratada, está ofreciendo una mayor cobertura y unos mejores servicios de salud.

Resalta que otro aspecto de especial importancia para el análisis de la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 es el desconocimiento del principio de reserva de ley, en concordancia con el principio de Estado de derecho, el debido proceso y el principio de legalidad.

Señala que el artículo demandado no sólo no ofrece claridad en torno a la forma y oportunidad en que las EPS del Régimen Contributivo garantizarán la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de carácter público, sino que tampoco la ofrece en cuanto al texto que dispone que las EPS “no podrán contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud”, toda vez que no aclara “el período respecto del cual debe predicarse dicho gasto en salud, con lo cual se genera un vacío normativo con la consecuente incertidumbre jurídica respecto de la aplicación de la norma.” Sostiene que se debe tener en cuenta que el gasto en salud se produce a diario y la ambigüedad de la norma puede dar lugar a que se presenten todo tipo de arbitrariedades en su aplicación y por ende en la adecuada y oportuna prestación de servicios médico asistenciales a los usuarios.

Finalmente afirma que el artículo 15 de la ley 1122 de 2007, no sólo constituye una limitación normativa para la inversión en infraestructura hospitalarias, sino que atenta contra el derecho fundamental de la salud y la seguridad social de los usuarios en la medida en que no se cuenta con una red de prestadores suficiente para atender las necesidades en salud.

8. SALUDCOOP

SALUDCOOP interviene en el presente proceso, a través de su representante legal, para solicitar que se declare la inexequibilidad del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007. Solicita que debido a la relevancia de los análisis empíricos en las sentencias de constitucionalidad se tenga en cuenta un estudio que allega sobre los efectos negativos de limitar la integración vertical en el sector salud.

A su juicio, el artículo acusado (i) vulnera el principio de confianza legítima, dadas las inversiones de mediano y largo plazo que las EPS han efectuado en el sector y el reducido período de transición establecido por el legislador; (ii) afecta el principio de eficiencia en la prestación del servicio de salud porque se impide aprovechar los beneficios de las economías de escala, lo que incrementa los costos y disminuye la calidad de los programas ofrecidos; y (iii) desconoce los derechos de los usuarios del sistema, en la medida que se les impide acceder a una IPS de propiedad de su EPS, limitando así el principio de progresividad.

8.1. Violación del principio de confianza legítima

Señala que la confianza legítima garantiza un cierto grado de estabilidad y previsibilidad en la vigencia del Derecho y, en esa medida, constituye un principio que vincula a la Administración y al Legislador, quienes no pueden introducir cambios intempestivos en la regulación vigente. Hace alusión a jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en cuanto a que "puede invocar la confianza legítima 'todo operador económico en relación con el cual una institución haya generado unas esperanzas fundadas', mientras que por el contrario, no se aplica 'cuando un operador económico prudente y diligente está en condiciones de prever la adopción de una medida que pueda afectar sus intereses' y, sin embargo, no hace nada para evitarlo".

Sostiene que, en la medida que el principio de confianza legítima no implica la petrificación del derecho, sino una relativa estabilidad jurídica que les permita a los asociados desarrollar sus actividades, surge una pregunta central ¿cuáles son los límites del principio constitucional de confianza legítima frente a la posibilidad de cambios normativos? A su juicio, esos límites son dos: (i) la existencia de motivos imperiosos que justifiquen el sacrificio de la seguridad jurídica y de la buena fe como elementos de la confianza legítima (Sentencia C-131 de 2004); y (ii) la existencia de medidas de transición o de choque que permitan un pacífico proceso de adaptación a la nueva regulación (Sentencias C-478 de 1998, C-964 de 1999 C-1215 de 2001, C-038 de 2003, C-355 de 2003, C-131 de 2004, C-314 de 2004). Que si no se respetan esas dos condiciones "las modificaciones introducidas por el legislador deben ser declaradas inconstitucionales y retiradas del ordenamiento jurídico por afectar injustificadamente el principio de confianza legítima".

Sostiene que en el caso que se analiza y con base en la Ley 100 de 1993, las autoridades propiciaron una situación de confianza legítima a favor de las EPS, en lo referente a los procesos de integración vertical en la prestación del servicio de salud. Con fundamento en esa normativa, algunas EPS, como SALUDCOOP, decidieron emprender procesos de integración vertical y desde entonces han realizado cuantiosas inversiones de cara a la prestación directa del servicio y a su mejoramiento.

Manifiesta que el paso del tiempo y la conducta del Legislador vinieron a consolidar esta situación de confianza legítima, de modo que había “razones objetivas” para confiar en la durabilidad de la regulación existente sobre integración vertical entre EPS e IPS. Además, a pesar de las numerosas reformas introducidas al sistema de seguridad social en salud, ese aspecto concreto nunca había sido objeto de modificación alguna. En esa medida, cualquier operador económico “prudente y diligente” podía diseñar procesos de integración vertical con inversiones a mediano y largo plazo, con la esperanza en que desarrollaría normalmente su actividad, asumiendo el riesgo natural de esta clase de procesos.

Sin embargo, advierte, la confianza generada para los procesos de integración vertical vino a verse truncada con la reforma introducida por el Congreso en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007. De manera verdaderamente intempestiva, el Legislador restringió la contratación de servicios de salud de una EPS con su propia red de IPS, en un 70% del valor del gasto en salud, lo que resulta en extremo elevado y afecta de modo notable a las EPS que han venido haciendo considerables inversiones de mediano y largo plazo.

Cita diversos apartes del estudio técnico que adjunta, relacionados con los problemas que enfrentarán las EPS con la orden de desinversión y el desequilibrio financiero que ello genera y concluye que, en síntesis, las inversiones que al amparo del principio constitucional de la confianza legitima hicieron las diferentes EPS para consolidar sus procesos de integración vertical se encuentran seriamente amenazadas, pues si no hubiesen existido verdaderas “esperanzas fundadas” en la conducta del Legislador y de las autoridades públicas en general, ningún operador económico “prudente y razonable” habría efectuado inversiones de tanta envergadura como las que se realizaron por las EPS.

Sostiene que frente a esa situación de confianza legítima no existe ni hay evidencia del interés público “imperioso” que justifique limitar a una EPS la prestación de servicios a través de una IPS de su propia red. Que los motivos que condujeron al Congreso a restringir la integración vertical nunca fueron claros y que los “posibles” fines de la medida esgrimidos por algunos (evitar abuso de posición dominante, mejorar eficiencia y garantizar el uso de la red hospitalaria pública), no tienen la entidad suficiente para imponer una restricción tan onerosa: “ninguno de esos fines puede ser calificado como un interés público “imperioso”, puesto que no se demostró la urgencia y necesidad de la prohibición”.

Respecto del “plazo razonable de transición” afirma que éste tampoco fue señalado por el legislador en los términos que exige la Corte Constitucional, de modo que las EPS puedan adaptarse a la nueva regulación. Si bien la norma acusada establece el término de un (1) año para ese efecto, el mismo resulta insuficiente para que las EPS puedan adaptarse y minimicen el daño que se les ocasiona en virtud de la nueva normatividad, habida cuenta que ésta implica: (i) desmontar infraestructura, programas y servicios en ejecución en las IPS propias; (ii) enajenar la propiedad sobre clínicas e IPS con pérdida de retorno en la inversión y sin un mercado que tenga la capacidad de absorber esas adquisiciones; (iii) aumento de gastos médicos al tener que contratar IPS externas y, por ende, inviabilidad del sistema; (iv) desvinculación de personal médico y asistencial; (v) imposibilidad de recuperar las inversiones más recientes, las que por su naturaleza son de mediano y largo plazo.

En este orden de ideas, “es fácil de advertir que el término de un (1) año, como periodo de

transición, resulta insuficiente para que las EPS puedan adaptarse a la nueva regulación, no sólo en virtud de los innumerables trámites administrativos que sería preciso adelantar, sino, especialmente, por los enormes costos económicos para las EPS, llegando al punto de amenazar su viabilidad empresarial, como ocurre específicamente con SALUDCOOP".

Concluye en este aspecto que esa deficiencia hace que la norma deba declararse inexequible en su integridad, ya que solamente el Congreso de la República puede fijar el régimen de transición, sin perjuicio de las directrices que al respecto señale la Corte Constitucional.

8.2. Violación del principio de eficiencia

Sostiene que el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 atenta contra los artículos 48 y 49 de la Constitución, ya que incrementa los costos y simultáneamente disminuye la calidad de los programas ofrecidos, en detrimento de la eficiencia en la prestación del servicio de salud.

Manifiesta que en un esquema donde no hay integración vertical se agregan uno o más eslabones a la cadena productiva de la prestación del servicio de salud. Se hace necesario incurrir en costos transaccionales adicionales debido a la participación de terceros, quienes aspiran a obtener un margen de utilidad por su actividad. La EPS limita su actuar como garante, puesto que solamente se ve obligada a corregir las deficiencias que se presenten en la atención de su usuario por parte del tercero. El usuario resulta afectado por la carga administrativa que impone la relación con el prestador externo, quien no es controlado por la EPS. No existe una identidad de filosofía del profesional de la salud, puesto que su actuar se limita a su mandato profesional y se siente ajeno de la visión integral que conlleva la gestión conjunta de la EPS como aseguradora y prestadora.

Señala con base en el estudio aportado, que en el caso de SALUDCOOP se han integrado las actividades de aseguramiento y prestación de los servicios de salud gracias a las eficiencias que produce la integración vertical, lo cual se ve reflejado en (i) racionalización de los costos de atención; (ii) garantía de cobertura nacional expedita; (iii) clínicas de alta complejidad; (iv) mejor servicio; (v) existencia de estándares de oportunidad en la atención; (vi) adopción de políticas más eficientes para el control de la calidad; (vii) mecanismos de medición de la satisfacción del usuario e implementación de auditorias sobre la calidad de la atención; (viii) integración tecnológica; (ix) diseño e implementación de programas especiales; y (x) racionalización de la Unidad de Pago por Capitación -UPC-

Sostiene que en esas condiciones, la nueva regulación implicará una desmejora de los beneficios en la calidad en la prestación de los servicios de salud a la población afiliada e ineficiencia en la operación del sistema, haciendo más complejo y difícil sostener los estándares de calidad en la atención en salud.

8.3. Desconocimiento de los derechos del usuario, en especial del principio de progresividad.

En su último argumento SALUDCOOP sostiene que el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 viola los derechos de los usuarios del sistema, en la medida que les impide, sin justificación válida y razonable, acceder libremente al servicio de una IPS que pertenezca a la misma EPS a la que se encuentran afiliados, todo lo cual atenta contra el principio de progresividad.

Señala que debido al desarrollo constitucional, jurisprudencial y legal que se le ha dado al sistema de seguridad social en salud, los derechos de los usuarios, y particularmente el de libre escogencia, dejaron de ser una simple eventualidad para convertirse en verdaderos derechos subjetivos a partir de los cuales se ofrece protección al usuario frente a posibles abusos de las EPS o de las IPS, "a la vez que se estimula una sana competencia entre los actores económicos del sistema de salud, basada en la calidad, mediante la promoción de programas complementarios u otros incentivos para motivar la afiliación de nuevos usuarios". Así, la libre escogencia tiene un contenido mínimo o núcleo esencial sin el cual "deja de ser" para convertirse en otra cosa.

Anota que si bien en materia de salud el legislador tiene un amplio margen de configuración, que le permite modificar la estructura, condiciones y beneficios del sistema de salud, no es menos cierto que una vez se ha reconocido un derecho, como la libertad de escogencia de los usuarios, su margen de configuración disminuye notablemente a la luz del principio de progresividad, reconocido no sólo por la jurisprudencia sino por la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "en virtud del principio de progresividad, ampliamente reconocido por la jurisprudencia constitucional en temas relacionados con la seguridad social, el Legislador tiene la carga de justificar amplia y suficientemente las razones -poderosas- por las cuales, habiendo reconocido un beneficio en el ámbito de los derechos prestacionales como la salud, procede luego a disminuir su alcance".

Manifiesta que la relevancia del principio de progresividad en el derecho colombiano ha sido destacada en numerosas sentencias por la Corte Constitucional, desde una doble perspectiva. De un lado, la Corte considera que este principio involucra el deber de las autoridades, y en particular del Legislador, de desplegar todos los mecanismos posibles para hacer efectivo el disfrute de los derechos sociales. Y de otro lado, la progresividad implica la prohibición prima facie de retrocesos en el nivel de protección que el Legislador haya otorgado a los derechos sociales, económicos y culturales, como la seguridad social y la salud.

Afirma que desde esta segunda perspectiva cuando un derecho ha alcanzado cierto nivel de protección, el Estado no puede disminuirlo, a menos que existan razones imperiosas que así lo justifiquen, lo cual implica para el caso que se analiza, la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, en cuanto no existe una justificación válida en el retroceso que se genera frente al derecho de los usuarios a la libre escogencia de IPS.

Concluye que frente a la libertad de escogencia de los usuarios, la norma acusada representa una notable restricción de ese derecho, pues prohíbe al 70% de los usuarios de cada EPS recibir los servicios de una IPS que pertenezca a la misma EPS a la que se encuentran afiliados. Y "si bien es cierto que dicha restricción podría ser constitucionalmente válida, si hubiese motivos excepcionales que así lo justificaran, también lo es que dichas razones "imperiosas" o "poderosas" brillan por su ausencia en esta oportunidad, o cuando menos nunca fueron hechas explícitas por el Legislador", lo que vulnera los artículos 48 y 49 de la Constitución y el principio de progresividad.

9. FUNDAMA

La ciudadana Claudia Patricia Urrego González, como presidenta de FUNDAMA, fundación que

trabaja en defensa de los derechos de los ciudadanos y que busca mejorar la salud y la sobrevivencia de las personas con diagnóstico de cáncer de mama, intervino en el presente proceso dentro del término de fijación en lista para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de la disposición demandada.

En su intervención manifiesta su preocupación por el crecimiento acelerado que ha tenido SALUCOOP, quien a su juicio atenta contra la existencia de otras instituciones que trabajan con alta calidad, oportunidad y con los mejores métodos y equipos.

Sostiene que este fenómeno pone en alto riesgo la salud y la vida de los ciudadanos al no direccionar a los pacientes a otras instituciones, sino por el contrario, dejándolos en espera de procedimientos o tratamientos, realizando tratamientos incompletos, negando medicamentos para la atención de patologías catastróficas (no solo porque no están en el Plan Obligatorio de Salud sino porque no mantienen existencias), negando el derecho de libre elección de IPS y de médicos tratantes, e incurriendo en otras prácticas que afectan los derechos de los usuarios del sistema.

10. Germán Humberto Rincón Perfetti.

Este ciudadano interviene en el proceso dentro del término de fijación en lista, para solicitar a la Corte la declaratoria de exequibilidad de la disposición acusada.

Sostiene que la integración vertical ha provocado los siguientes beneficios para las Empresas Promotoras de Salud –EPS-: (i) evitar pagar a clínicas, hospitales, centros médicos, dejándoles una utilidad (…); (ii) disminuir los costos de papelería y logística con las remisiones a otras entidades particulares; (iii) realizar un mejor control en la negación de medicamentos NO POS, dando instrucciones claras de cómo formular, cuando formular, qué tipo de medicamentos e incluso las dosis (…); (iii) administrar mejor la entrega de medicamentos que si están en el POS, pero entregando los de menor precio y así, dejar otro margen de ganancia con las compras de los de mas bajo valor, -aun sabiendo que no siempre son los mas costo-eficientes, costo-efectivos y que en muchas ocasiones han sido retirados de otros países (…); (iv) Se hace uso del “minimalismo” en los exámenes de diagnostico y demás (…); (v) mantener la verticalidad en la relación de subordinación laboral, con la cual quien trabaja debe recibir órdenes (elemento esencial del contrato de trabajo) e incumplirlas le significa la terminación del contrato incluso por justa causa; (vi) la construcción de nuevos edificios para funcionar clínicas como sucede con Saludcoop, mientras que las infraestructuras de los hospitales públicos y universitarios son abandonadas por el cierre de los mismos; (vii) se ha creado el espejismo de sedes nuevas o recién pintadas pero dentro de ellas existe hacinamiento (…)”.

I. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Procurador General de la Nación, allegó el concepto número 4352, del diecisiete (17) de julio de 2007, en el cual solicita a la Corte declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

Luego de hacer un recuento de la demanda señala que el proceso plantea tres problemas jurídicos: (i) si la restricción a la integración vertical de las EPS con las IPS vulnera la libertad económica (libertad de empresa y de competencia), el derecho a la seguridad social en salud y el principio de confianza legítima; (ii) si la competencia que se da al Gobierno Nacional para reglamentar las condiciones necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés de cualquiera de los actores del sistema de salud, desconoce el principio de reserva legal; (iii) si el parágrafo del artículo impugnado, referente a la inclusión de las instituciones prestadoras de salud de carácter público, vulnera los principios de reserva de ley y de legalidad.

Sostiene que así como lo establece la Constitución Política y lo ha reiterado la jurisprudencia de esta corporación (Sentencia C-150 de 2003), el Estado puede intervenir de distintas formas en la economía: intervención global, sectorial o individual; intervención directa o indirecta; intervención unilateral o convencional; intervención por vía directiva; intervención conformativa (se establecen los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los agentes económicos), finalística (se fijan los objetivos y metas de los actores económicos) o condicionante (se fijan las reglas del mercado).

Considera que de acuerdo con los artículos 333 y 334 superiores, la intervención en la economía debe hacerse por mandato de la ley (connotación democrática y pluralista), para lo cual el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa dentro de los límites que impone la misma Constitución. Que, como en todo caso no es posible para la ley delimitar con exactitud todos los aspectos y circunstancias de la intervención, el Ejecutivo debe concretar los cometidos encomendados, mediante la reglamentación de las leyes de intervención.

Resalta con base en la Sentencia C-176 de 1996, que la naturaleza del sistema de seguridad social en salud le permite al legislador restringir y limitar la libertad económica con mayor rigurosidad que frente a otros escenarios económicos, dado que la salud es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado o de los particulares, pero siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Así, la intervención de este último en la seguridad social en salud, es de carácter intenso por las implicaciones en los derechos de los usuarios, no solamente los que están relacionados en el artículo 49 constitucional, sino también la vida, la integridad física y la dignidad humana, estandartes fundamentales dentro de la estructura del Estado Social de Derecho.

Con base en lo anterior afirma que es constitucional restringir la integración vertical en materia de contratación de las Empresas Promotoras de Salud E.P.S., pues si bien es cierto que la teoría económica sostiene que los procesos de integración vertical responden en la mayoría de los casos al propósito de ser eficientes en la entrega final de los bienes y servicios al cliente (pues los costos pueden decrecer significativamente), no necesariamente le trae beneficios al consumidor final; por el contrario, podría dar lugar a constituir una práctica monopolística, con las consecuencias que ello acarrea, entre otras, el abuso de la posición dominante.

Considera que si bien es legítimo que las EPS busquen la obtención de utilidades y se apoyen en herramientas propias de la libertad económica para definir la manera de prestar los

servicios de salud (con sus propias IPS o con terceros), su actividad está limitada por los principios que estructuran el régimen de seguridad social en salud: eficacia, universalidad y solidaridad (art. 48 C.P.)

A su juicio, la realidad práctica conduce a señalar que la integración vertical de las EPS no ha sido útil para lograr los fines constitucionales en materia de salud, pues dichas entidades, utilizando sus propias IPS y evitando la contratación con otras instituciones tanto públicas como privadas, han excedido su capacidad de atención, saturando los centros hospitalarios a donde obligatoriamente tienen que acudir los usuarios y disminuyendo ostensiblemente la calidad de la atención. Es decir, "evidentemente la reducción de costos fue de singular importancia, pero en nada benefició a los usuarios, desconociendo el principio constitucional de la eficiencia en la que debe sustentarse la seguridad social en salud."

Sostiene que es por ello que el legislador cuando está frente a una situación gravosa, cuenta con todas las herramientas constitucionales para restringir la libertad económica de las E.P.S., cuyo propósito único no es beneficiarse obteniendo dividendos excesivos, sino cumplir a cabalidad la función que se les ha encomendado, debido a que no es lo mismo intervenir en relación con situaciones en las que las reglas de juego están sometidas casi exclusivamente a la ley de la oferta y de la demanda, que hacerlo respecto de una actividad consistente en prestar los servicios de salud.

Indica que en este sentido el artículo acusado representa una solución legislativa necesaria para garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios de salud, sin desconocer el principio constitucional de la libertad económica, en sus dos componentes: libertad de empresa y de competencia.

Advierte que no es cierto, como lo expone el actor, que el legislador no hubiese realizado análisis y estudios sobre la necesidad y efectos de la medida adoptada, toda vez que como se vislumbra en el proyecto de ley, sus objetivos (evitar el abuso de la posición dominante de las EPS, garantizar la eficiencia en prestación de los servicios de salud y solventar la crisis de la red pública hospitalaria) estuvieron basados en información empírica y hubo lugar a consideraciones históricas y de realidad social, que demuestran un altísimo porcentaje de ineficacia en la prestación de los servicios de salud por parte de las EPS. Por tanto, "no corresponde a la realidad que el demandante señale que la prestación de los servicios de salud estaba conforme al principio de la eficiencia en el marco de la Ley 100 de 1993, cuando la realidad demuestra todo lo contrario". Hace alusión a un estudio del año 2007 de la misma Procuraduría General de la Nación en el que se propugna por la adopción de medidas inmediatas para remediar el trato indigno de las EPS a sus usuarios, en cuya relación imperan criterios económicos y no de eficiencia y de respeto del derecho a la salud y la vida; además, se refiere a otro informe de la Superintendencia Nacional de Salud que muestra un incremento en la solicitud del servicio de salud a través de las acciones de tutela y un aumento en el número de quejas que viene atendiendo esa Superintendencia.

Considera que no se puede desconocer que existen otros factores que dan a lugar a la mala calidad del servicio que prestan las EPS, "pero sin lugar a dudas la contratación sin límites con sus propias IPS, ha contribuido de manera fehaciente a ahondar la problemática, pues la combinación del asegurador con el prestador en el sistema de salud colombiano, trae como

consecuencia que el usuario prácticamente pierde la opción de la libre escogencia, quedando sometido a una red que no garantiza en nada la calidad del servicio." Así, el mecanismo de contratación con sus propias IPS, prácticamente impide la competencia y la libertad de escogencia de instituciones hospitalarias privadas o públicas, en donde la reducción de costos se transforma en la baja calidad del servicio (procedimientos sin la rigurosidad médica requerida, insumos y medicamentos que no se ajustan a los estándares necesarios, inexistencia de controles de calidad etc.), desconociendo el modelo de aseguramiento que estableció la Constitución y la Ley 100 de 1993.

Con base en lo anterior señala que la decisión del legislador es razonable y proporcionada, en la medida que sí se apoyó en criterios y situaciones reales y comprobables. Razonable en la medida que no limitó totalmente la libertad de contratación de las referidas entidades, sino que les impuso un porcentaje frente al cual les concede un margen de maniobrabilidad en relación con el manejo de los recursos. Proporcionada, en cuanto a la protección de un bien supremo como es la salud, en donde los intereses económicos, no deben primar frente a la calidad del servicio, sin desconocer que a las EPS, les asiste un ánimo de lucro que también es protegido por el orden constitucional.

Advierte que en la ponderación de estos aspectos -la eficiencia y calidad del servicio y libertad económica para desarrollar la actividad- debe existir un equilibrio en el que ninguno de los componentes resulte seriamente afectado en detrimento del otro y es allí en donde el legislador acude a una fórmula intermedia que permite garantizar la eficiencia y la calidad del servicio, a partir de elementos que no son producto de la arbitrariedad.

Señala que cuando la Corte Constitucional avaló la integración vertical de las EPS como opción constitucional válida (Sentencia C-616 de 2001), lo hizo bajo la consideración del amplio margen de configuración normativa del legislador en el diseño del sistema de seguridad social en salud y en relación con las condiciones y circunstancias sociales y políticas por él valoradas, pero sin sentenciar que esa era la única opción constitucionalmente válida y sin negar la posibilidad de modificar ese modelo.

Hace referencia a la Sentencia C-331 de 2003, en la que se declaró exequible que las administradoras del régimen subsidiado en salud contratarán y ejecutarán con las IPS públicas del orden municipal o distrital sede del contrato, no menos del 40% valor de la unidad de pago por capitación. Aclara que en esa demanda, el actor presentó argumentaciones muy similares a las que se esgrimen en el presente evento y en especial en lo referente a la presunta vulneración de la libertad económica, siendo todas ellas desestimadas por la Corte Constitucional.

Con relación al principio de reserva de la ley en el tema de la seguridad social en salud, advierte que corresponde al Congreso de la República establecer sus componentes más importantes (artículos 48 y 49 C.P), lo cual no significa que el desarrollo concreto de los mismos no pueda hacerse vía reglamentaria; indica que como lo ha reconocido la Corte Constitucional, la reserva de ley se predica únicamente de los elementos básicos de una regulación que por su naturaleza corresponden a una decisión esencialmente política, lo que para el caso concreto sería la configuración y delimitación del derecho prestacional; por ello, no es admisible la argumentación del demandante en el sentido que al legislador le

correspondía ocuparse de toda la reglamentación relacionada con el abuso de la posición dominante y los conflictos de intereses, más aún cuando el legislador ha fijado previamente un marco normativo que le permite trasladar al Gobierno Nacional el desarrollo de la materia.

A su juicio, en materia de salud se requieren elementos técnicos que le den alcance al mandato legal, lo cual, acudiendo al principio de colaboración armónica de los poderes, justifica que el legislador le asigne al Gobierno Nacional el desarrollo de ciertos temas a través de la potestad reglamentaria, sin que ello vulnere la Constitución Política en materia de reserva legal.

Respecto del parágrafo del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, en que se ordena a las EPS garantizar la inclusión de IPS públicas, el Ministerio Público considera que el demandante presenta un debate constitucional inexistente, pues la norma demandada contempla la simple voluntad del legislador de velar porque las instituciones prestadoras de carácter público sean integradas a la red hospitalaria para garantizar la eficiencia del servicio; en su entender, la decisión del Congreso de la República corresponde a la facultad de establecer el diseño de la seguridad social en salud, en donde nadie puede discutir que la red pública hospitalaria desarrolla una labor trascendental en el cumplimiento de dicho fin.

Aduce que el referido parágrafo está encaminado a descongestionar y desconcentrar los servicios de las instituciones hospitalaria de las EPS, en aras de garantizar los principios en que se fundamenta la seguridad social en salud, mediante la contratación con las IPS públicas, que cuentan con la infraestructura suficiente para la prestación del servicio. Indica que una disposición similar fue estudiada en la Sentencia C-915 de 2002, declarándose exequible.

Finalmente, el Ministerio Público sostiene que no es cierto que el artículo demandado vulnere el principio de la confianza legítima, en cuanto al supuesto desconocimiento de las expectativas legítimas de las EPS y la irrazonabilidad del término de adaptación consagrado en la ley.

Considera que el demandante plantea una argumentación que no es consecuente con el fundamento de la medida: garantizar la calidad y eficiencia de los servicios prestados por las EPS. Por tanto, a su juicio, no es razonable hablar de la ruptura del principio de la confianza legítima cuando de lo que se trata es de priorizar el servicio del bien supremo de la salud; que, por el contrario, se desconocería la Constitución Política si se le impidiera al legislador modificar el sistema de salud en el tema de la contratación de servicios cuando se ha evidenciado que constituye uno de los más importantes factores de deterioro del servicio y del interés general.

Afirma que la naturaleza, importancia y trascendencia del servicio de salud, directamente relacionada con una diversidad de derechos fundamentales en juego, permite la revisión constante de la normativa que lo regula, con el único objetivo que se cumpla lo plasmado en la Constitución Política. La normativa relativa a la regulación de otras situaciones, que prácticamente están sometidas a la ley de la oferta y la demanda, “es incomparable con los preceptos que se ocupan de diseñar el modelo de seguridad social en salud, los cuales en la medida de su aplicación es necesario examinar frecuentemente sus efectos, para establecer

su permanencia o no en el ordenamiento jurídico."

Considera que con la decisión del legislador no se produjo un cambio abrupto que desconociera los derechos de las EPS, pues, por el contrario, debido a las condiciones en que se prestaba el servicio de salud, el legislador estaba en mora de adoptar una decisión que beneficiara a los usuarios, decisión que en ningún momento rompe de manera inusitada la confianza de las aseguradoras cuando optaron por el desarrollo de su actividad económica. Entonces, afirmar que las disposiciones de la seguridad social no se pueden modificar porque se desconoce la confianza legítima, "es acudir a la interpretación de las normas constitucionales exclusivamente en los beneficios económicos que le proporcionan a quien ejerce la actividad, desconociendo la función social que le asiste, precisamente por acceder al derecho de realizar esa libertad económica".

Además, que el término de un año para adaptarse a los nuevos requerimientos es razonable en la medida que le permite a las EPS continuar ejerciendo su actividad económica, con el ingrediente de la restricción en la contratación de los servicios de salud, de la manera que está consagrada en la norma demandada.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las disposiciones acusadas forman parte de una ley de la República.

2. El planteamiento de los problemas constitucionales y de las materias que se deben tratar en cada caso para resolverlos.

La Corte se enfrenta a cinco cargos de inconstitucionalidad: tres dirigidos contra el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 en su integridad, uno contra el inciso segundo del mismo, y el último, contra su parágrafo final. Así las cosas, los cargos son los siguientes:

1. El artículo 15 de la Ley es inconstitucional porque conlleva una restricción irrazonable y desproporcionada de la libertad de empresa y de la libertad de competencia económica (Art. 333 y 334 C. P.), en perjuicio no sólo de los actores del mercado sino de los propios usuarios del servicio de salud. A juicio del demandante, se trata de una medida que por un lado implica un alto sacrificio de las libertades económicas de las entidades promotoras y una alta afectación de los derechos de los usuarios del sistema, mientras que por otra parte solo satisface levemente las finalidades que persigue, cuales son evitar el abuso de la posición dominante de las EPS, garantizar eficiencia en la prestación de los servicios de salud y solventar la crisis de la red pública hospitalaria a las cuales supuestamente apunta la disposición acusada. Razón por la cual no cumple los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que debe satisfacer una medida de esta naturaleza y deviene en contraria a la Constitución.

2. El artículo 15 demandado es inconstitucional porque desconoce los derechos a la salud y a

la seguridad social, particularmente en lo referido a los principios de eficiencia y universalidad, en concordancia con el derecho a la autonomía personal (Art. 16, 48 y 49 C. P.). El desconocimiento del principio de eficiencia tendría lugar porque, según el demandante, la limitación de la integración vertical introduce mayores costos y complejidad al sistema, lo cual a su vez redundaría en un encarecimiento en la prestación de los servicios de salud y una disminución de la calidad de aquellos que actualmente se prestan. El principio de universalidad resultaría afectado porque –siempre según el demandante- la limitación de la integración vertical, castiga a las EPS eficientes económicamente y le impide captar un mayor número de afiliados. Finalmente, el derecho a la autonomía individual de los usuarios y su derecho a la salud resulta menoscabado al impedírseles elegir libremente las instituciones prestadoras y al quedar expuestos a un esquema de prestación del servicio público de salud ineficiente y con menos recursos.

3. El actor sostiene que el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 vulnera el principio de confianza legítima desde una doble perspectiva: en primer lugar, debido a la restricción impuesta a las EPS de contratar el gasto en salud con sus propias IPS, la cual va aparejada con la obligación de contratar con las instituciones prestadoras de salud de carácter público; en segundo lugar, porque sólo se da el plazo de una año para que aquellas EPS que actualmente sobrepasan el 30% de contratación del gasto de salud con sus propias IPS para que se ajusten a la nueva regulación. Afirma que las EPS realizaron cuantiosas inversiones y profundas organizaciones empresariales, encaminadas al desarrollo e implementación de la integración vertical en aras a lograr la eficiencia, de allí que “Cuando se han creado serias expectativas de estabilidad (confianza legítima), no pueden existir cambios abruptos en las reglas de juego. Un cambio sustancial requiere ir acompañado de otros mecanismos como la gradualidad o períodos de transición”. Agrega que el término de un año no es un plazo razonable para adaptarse a la nueva situación. En tal sentido, “existe alta probabilidad de que en dicho término no se logre rediseñar el esquema de prestación de servicios son atentar contra el derecho a la salud de los afiliados al sistema”.

4. El inciso segundo del artículo 15 de la ley es inconstitucional porque desconoce el principio de reserva de ley (arts. 150, 152, 189-11 y 333 C. P.). El demandante sostiene que el Congreso entregó indebidamente al Gobierno toda competencia para regular las condiciones que eviten el abuso de la posición dominante o conflictos de intereses, de cualquiera de los actores del sistema de salud. Se trata, en consecuencia, de una entrega total de competencias, por cuanto a pesar de que el texto legal utiliza el término “reglamentar”, en realidad no se trata de una reglamentación administrativa, sino de una regulación total pues la ley no incluye previsión alguna acerca de las conductas constitutivas de posición dominante ni de conflictos de intereses de los actores del sistema de seguridad social.

5. El parágrafo del artículo 15 es inconstitucional porque desconoce el principio de reserva de ley (Art. 150, 189- 11 y 333 CP), en concordancia con el principio de Estado de Derecho (art. 1º CP), el debido proceso (art. 29 CP) y el principio de legalidad (Art. 29 y 84 CP). Asegura el demandante que no es claro como las EPS satisfacen el requisito de garantizar “la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público”, estima por lo tanto que la norma limita las libertades económicas pero adolece de vaguedad e imprecisión, lo cual comporta violación de los artículos 1, 29, 84 y 333 de la Constitución, en la medida en que no se asegura certeza sobre el deber en cabeza de las EPS. La falta de precisión legal

acarrea una vulneración de los principios de legalidad y debido proceso, de suerte que la concreción de los requisitos para el ejercicio de la libertad de empresa no está en cabeza del legislador, como lo demanda el artículo 333 Superior, pudiendo la administración fijarlos libremente.

Al proceso fueron allegadas numerosas intervenciones apoyando o refutando las acusaciones planteadas por el demandante, las cuales quedaron consignadas en los acápites precedentes de esta decisión. Así, mientras la Superintendencia de Industria y Comercio, la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -ACEMI-, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y Saludcoop, coadyuvan las pretensiones de inconstitucionalidad de la demanda, en la medida que consideran que la intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud implementada mediante la disposición acusada es excesiva y no respeta la libertad económica de las EPS, además de ser desproporcionada y de afectar los principios de universalidad y eficiencia previstos en los artículos 48 y 49 de la Constitución y la confianza legítima de las entidades promotoras. Por su parte la Procuraduría General de la Nación y los intervinientes en nombre del Ministerio de la Protección Social, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Superintendencia Nacional de Salud y la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, consideran que el artículo demandado es constitucional, pues su objeto no es otro diferente a la adopción de medidas necesarias para garantizar la efectividad del derecho a la seguridad social en salud, debido a los problemas que se han evidenciado por la posición de privilegio que tienen las EPS en el marco de la Ley 100 de 1993. En su concepto, los artículos 48, 49, 334 y 365 de la Constitución Política otorgan suficientes facultades de intervención del Estado en la organización del sistema de salud y en el establecimiento de límites al ejercicio de las libertades económicas de quienes participan en él, que para el caso concreto fueron ejercidas adecuadamente y con observancia del principio de proporcionalidad, en tanto que no se ha suprimido la libertad económica de las EPS sino que se han demarcado contornos más claros para su ejercicio. En igual sentido se orientan algunas intervenciones ciudadanas, las cuales hacen énfasis en la posición dominante que ejercen las EPS, lo que a su juicio restringe las posibilidades de participación de las IPS independientes y hace que el servicio de salud sea deficiente y arbitrario con el usuario. Igualmente este segundo grupo de intervinientes considera que la disposición acusada no vulnera el principio de confianza legítima, pues concede un plazo razonable a las entidades prestadoras para que se ajusten al nuevo marco normativo y que el inciso segundo del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 afectan la reserva de ley, pues las potestades reglamentarias que ejercerá el Gobierno tiene un marco definido por otros preceptos de carácter legal y reglamentario.

Planteado en los anteriores términos el debate constitucional corresponde a esta corporación examinar la constitucionalidad de la disposición acusada, para lo cual inicialmente hará algunas consideraciones sobre el carácter de la salud en el ordenamiento constitucional colombiano, la intervención del Estado en la economía y la libertad de configuración del legislador en materia de servicios públicos domiciliarios, para luego abordar los cargos planteados contra los enunciados normativos contenidos en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

3. La salud en el ordenamiento constitucional colombiano.

En el ordenamiento constitucional colombiano existen numerosas referencias a la salud5, empero es el artículo 49 el que le da la doble caracterización de la cual debe partir el análisis de constitucionalidad de la disposición acusada, pues por una parte señala que se trata de un servicio público a cargo del Estado y acto seguido garantiza a los ciudadanos el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

En esa medida la propia redacción del texto constitucional evidencia la interrelación entre el derecho a acceder a prestaciones en materia de salud6 y el carácter de la salud como servicio público a cargo del Estado, es decir, la salud como derecho esencialmente prestacional7 implica la existencia de un régimen jurídico y organizacional específico para su provisión, precisamente el de un servicio público, con las implicaciones que este concepto implica en el modelo de Estado social de derecho adoptado por la Constitución de 1991, las cuales fueron puestas de manifiesto recientemente por esta Corporación en la sentencia C-924 de 2007, en los siguientes términos:

Si bien el régimen de los servicios públicos aparece regulado específicamente en el capítulo 5 del título XII de la Carta Política, a partir del artículo 365 constitucional, estas disposiciones no pueden ser leídas de manera aislada sino que, como el conjunto de preceptos que integran el concepto de Constitución económica colombiana, han de ser referidos al contenido dogmático de la Constitución, esto es con el título I y el título II de la Carta Política8.

El propio contendido de los artículos constitucionales en mención obliga a tal remisión, pues abundan en referencias normativas de marcado contenido axiológico, baste citar a manera de ejemplo el artículo 365 de la Carta según el cual “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

Por otra parte, si bien el precepto constitucional no encomienda de manera directa a la organización estatal su prestación –posibilidad que sin embargo no queda excluida desde la perspectiva constitucional11-, en todo caso radica en cabeza de ésta “el deber de asegurar su prestación eficiente”, deber que por otra parte da origen como correlato necesario a un derecho colectivo en cabeza de los asociados para reclamar al Estado su cumplimiento12.

Los mandatos anteriores son reforzados por el artículo 366 de la Carta el cual señala que “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y agua potable”. Nuevamente contenidos valorativos ligados a la idea de Estado social aparecen asociados al concepto de servicios públicos, en esa medida de una interpretación sistemática de los artículos 365 y 366 constitucionales se desprende que éstos son instrumentos para la consecución del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, finalidades sociales del Estado expresamente reconocidas por el Constituyente de 1991. A su vez que la satisfacción de las necesidades reseñadas por el citado precepto constitucional está asociada a los servicios públicos, pues la salud, la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable deben ser provistos mediante una infraestructura que garantice su prestación de manera continua y eficiente.

Por otra parte, cabe reseñar que la Constitución de 1991 supera la visión meramente asistencialista del ordenamiento anterior y consigna derechos prestacionales los cuales están ligados al concepto de necesidades básicas insatisfechas y a los servicios públicos13, pues el contenido mínimo de estos derechos garantiza la procura existencial del individuo14, y nuevamente la satisfacción de estas necesidades y la garantía de esos derechos generalmente se realiza mediante la prestación de servicios públicos. Esta sería la conexión por ejemplo entre la salud como una necesidad básica que debe satisfacer el Estado, el derecho a la salud y el servicio público de salud. En esa medida, como contrapartida a los deberes estatales en materia de prestación de servicios públicos y de satisfacción de necesidades básicas de los asociados, se erigen posiciones individuales y colectivas susceptibles de tutela judicial.

Finalidades sociales del Estado, bienestar general, mejoramiento de la calidad de vida de la población, necesidades insatisfechas, derechos prestacionales y servicios públicos, constituyen de esa manera un eje temático común, en torno al cual se debe estructurar la actuación de las ramas del poder público.

Este contenido valorativo se impone especialmente al legislador y marca importantes límites respecto de su libertad de configuración en materia de servicios públicos, pues en todo caso, la regulación legal de éstos debe respetar los contenidos valorativos antes señalados, es decir, su inherencia respecto a la finalidad social del Estado y su carácter instrumental para la satisfacción del bienestar general y el mejoramiento del nivel de vida de la población, al igual que debe garantizar una mínima satisfacción de los derechos prestacionales involucrados que responda al concepto de necesidades básicas insatisfechas.

Queda de esta manera sintetizada la relación existente entre la salud como derecho prestacional, el servicio público de atención de la salud y diversos contenidos axiológicos de la Constitución, tales como el principio de Estado social de derecho.

Por otra parte el reconocimiento del carácter esencialmente prestacional del derecho a la salud nada dice sobre la naturaleza de este derecho, al respecto cabe señalar que actualmente coexisten distintas líneas argumentativas al interior de la jurisprudencia de esta Corporación sobre la naturaleza del derecho a la salud, algunas de las cuales destacan su carácter de derecho fundamental bien sea por conexidad con otros derechos per se fundamentales tales como la vida, la integridad personal o a dignidad humana15, bien sea respecto de ciertas prestaciones (las definidas legal o reglamentariamente)16 o respecto de ciertos sujetos (los niños por mandato expreso del artículo 44 constitucional u otros sujetos de especial protección como las personas de la tercera edad)17, o que incluso afirman su carácter de derecho fundamental autónomo.

Reveladora de esta última postura es la sentencia T-016 de 2007 en la cual se sostiene:

“11.- Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los

derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse prima facie por vía de tutela. Su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud – supuestamente no fundamental – con el derecho a la vida u otro derecho fundamental – supuestamente no prestacional-.

12.- Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional? y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho

(…)

13.- Puede decirse, por consiguiente, que las restricciones de tipo presupuestario, las cuales no sin frecuencia se conectan con la puesta en práctica de los derechos fundamentales, suponen que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y reglamentarias, para hacer viable la eficacia de estos derechos. En otros términos, existen derechos cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otros derechos y depende de fuertes erogaciones económicas. Estos derechos, no obstante, no pierden por mediar ese desarrollo político, reglamentario y técnico su carácter fundamental.

La fundamentalidad de los derechos cuyo contenido es acentuadamente prestacional, tal como sucede con el derecho a la salud, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de

personas colocadas en situación evidente de indefensión. La falta de capacidad económica, el estado de indigencia, el alto riesgo de ver afectadas las personas la posibilidad de vivir una vida digna, son circunstancias que han de ser consideradas por los jueces para determinar la procedencia de la tutela en caso de omisión legislativa y administrativa pues se trata de derechos fundamentales".

Por otra parte el derecho a la salud no solamente supone el acceso a la atención en salud y por lo tanto no sólo tiene un carácter prestacional sino que también involucra facetas en las cuales opera como un típico derecho de defensa que protege a su titular de injerencias arbitrarias provenientes del Estado o de terceros, al igual que también se relaciona con derechos de libertad en la esfera de la toma de decisiones en materia de salud.

Ahora bien, en virtud del diseño implementado por la Ley 100 de 1993 el servicio público de la atención de la salud, al cual hace referencia el artículo 49 constitucional, quedó incorporado al sistema de seguridad social integral, y es regulado bajo la denominación de sistema de seguridad social en salud, en esa medida a la salud también le son aplicables las previsiones del artículo 48 constitucional respecto del servicio público de seguridad social y del derecho a la seguridad social.

Finalmente, el artículo 49 constitucional señala que las entidades privadas pueden prestar servicios de salud, de conformidad con las políticas señaladas por la Ley, bajo la vigilancia y control estatal; en el mismo sentido el artículo 48 de la Carta prevé que la seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley, y algo similar consigna el artículo 365 constitucional cuando prevé que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares. Coinciden entonces diversos preceptos constitucionales en confiar al Legislador la decisión de permitir la entrada de los particulares a la prestación de los servicios públicos en general, y en particular de la seguridad social y de la atención de la salud, siempre dentro de una amplia libertad de configuración, tal como ha reconocido esta Corporación18.

En todo caso no se puede dejar a un lado que la prestación de los servicios públicos es una actividad económica y en esa medida, sobre todo una vez se permite la participación de los particulares en su prestación, cobran relevancia las diferentes libertades económicas constitucionalmente reconocidas, aunque sujetas claro está a importantes restricciones debido a que, como ya se puso de relieve, por tratarse de actividades dirigidas a la satisfacción de derechos fundamentales y relacionadas con importantes contenidos axiológicos constitucionales, existen poderes estatales de intervención reforzados, como a continuación se expondrá.

4. El principio de Estado social de derecho, la intervención del Estado en la economía y el alcance de las libertades económicas en materia de servicios públicos, especialmente en materia del servicio público de la atención en salud.

Si bien esta Corporación ha insistido en que la adopción del principio de Estado Social de Derecho no supuso la constitucionalización de "un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias"19, eso no quiere decir que la Carta Política de 1991 sea un texto neutro, indiferente al comportamiento económico de los particulares o del

Estado. Por el contrario “el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los limites del quehacer estatal”20.

Por ello la Constitución provee al Estado “de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento” e igualmente dota “a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública”21.

Entonces, la intervención del Estado en la economía tiene justificación no sólo desde una perspectiva organizacional, sino también desde un punto de vista axiológico, pues persigue la materialización de principios y valores consagrados en el Texto Constitucional. Tal es precisamente el alcance del artículo 334 Superior, precepto que radica en cabeza del Estado la dirección de la economía y prevé la intervención estatal en todas las actividades económicas para “conseguir e mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”, entre otros propósitos.

La intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos.

Ahora bien, en la sentencia C-150 de 2003 esta Corporación sostuvo que la intervención estatal en el ámbito socioeconómico puede obedecer al cumplimiento de distintas funciones tales como la redistribución del ingreso y de la propiedad, la estabilización económica, la regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados por la Constitución. De igual manera, la Corte ha estimado que según su contenido, los actos de intervención pueden someter a los actores económicos a un régimen de declaración; a un régimen de reglamentación, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad; a un régimen de autorización previa, que

impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita; a un régimen de interdicción que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables; y a un régimen de monopolio, mediante el cual el Estado excluye para sí ciertas actividades económicas y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley22.

Así las cosas, el Estado puede establecer diversas y complementarias formas de intervenir en la economía, sin que ello signifique que, en dicha labor, el legislador no conozca límites señalados constitucionalmente. De allí que cualquier juicio de constitucionalidad sobre una medida legislativa de intervención deberá tener en cuenta, entre otras cosas, el ámbito de afectación, el radio de incidencia de la misma, los sujetos o agentes económicos a la cual va dirigida, los fines que pretende alcanzar y los medios para lograrlo.

Al respecto, es preciso tomar en consideración que el Estado, obrando en su condición de director general de la economía, según las voces del artículo 334 Superior, intervendrá "por mandato de la ley", esto es, por decisión del órgano político por excelencia en nuestra democracia, actuando en representación del pueblo. De igual manera, en lo concerniente a los servicios públicos, la intervención económica adquiere una finalidad específica, consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación, y tiene un soporte constitucional expreso en el artículo 334 de la Carta. Pero, "adicionalmente, en tal materia el Estado dispone de especiales competencias de regulación, control y vigilancia, pues tal prestación se considera inherente a la finalidad social del Estado, por lo cual es deber de las autoridades asegurar que ella sea eficiente y cobije a todos los habitantes del territorio nacional".23 Así, por cuanto los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, "la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control24" (negrillas agregadas).

A su vez, la intervención que realiza el Estado en el sector salud ofrece ciertas particularidades o especificidades por cuanto no se trata, tan sólo, de regular la prestación de un servicio público a cargo del Estado, sino que adicionalmente involucra la garantía del derecho a la salud, a lo cual se añade que el servicio público de atención en salud hace parte del sistema integral de seguridad social, de manera que también entran en juego el servicio público de seguridad social y el derecho irrenunciable a la seguridad social, consagrados en el artículo 48 constitucional.

De manera tal que en materia del sistema de seguridad social en salud existe una intervención estatal reforzada en virtud de un conjunto de mandatos constitucionales, como ha puesto de manifiesto en numerosas oportunidades esta Corporación, el cual va a dirigido a "superar la tensión existente entre los intereses privados, presentes en el seno las empresas y el interés general comprometido en esa actividad, mucho más cuando de lo que se trata es precisamente de la prestación de un servicio básico para la sociedad que hace efectivo el derecho irrenunciable que tienen todos los habitantes."25

Precisamente en aras de satisfacer el interés general y los derechos fundamentales

involucrados en la prestación de los servicios públicos resulta con frecuencia necesario sacrificar el alcance de las libertades económicas de los particulares que participan en estas actividades.

Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social26; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia27; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada28; (iv) la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios29; (v) la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones30; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales31; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas32.

Aunado a lo anterior, recientemente, la Corte en sentencia C- 392 de 2007 sostuvo que "expresos mandatos constitucionales limitan la libertad económica en determinadas áreas, esto ha llevado al intérprete constitucional a afirmar que "la protección general a la libertad económica (…) no puede ser aducida cuando otras normas constitucionales limitan la iniciativa económica en otras esferas" 33. Por tal razón además de las posibilidades ordinarias del legislador de limitar el derecho en estudio –amplias como antes quedó consignado- existen unas potestades de restricción reforzadas en determinadas materias, principalmente aquéllas en las cuales el constituyente consagró mandatos específicos de intervención del Estado en la economía, como por ejemplo en el ámbito de los servicios públicos34, o de la medicina prepagada35, la televisión36, o de la actividad financiera, bursátil y aseguradora37 (negrillas agregadas).

Ahora bien, en materia de restricción de las libertades económicas en la prestación del servicio público de atención en salud, la jurisprudencia constitucional ha señalado que son constitucionalmente legítimas de cumplir los siguientes: (i) debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) debe respetar el "núcleo esencial" de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato.

De lo anterior se concluye, entonces, que los amplios poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos en general, y específicamente respecto del servicio público de la atención en salud, llevan aparejados la facultad de restringir ampliamente las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación. Esta facultad se desprende a su vez de la amplia libertad de configuración de legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos, la cual ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional cuando se trata del servicio público de seguridad social38.

El amplio margen de que dispone el legislador en materia de seguridad social en salud, con todo, no es ilimitado, por cuanto “se encuentra sometido a los límites que imponen ciertas normas constitucionales. Dentro de estas normas limitativas de su capacidad de acción en esta materia, en primer lugar se encuentran aquellas que consagran derechos fundamentales. De otro lado, el legislador debe regular la prestación del servicio público de salud respetando lo dispuesto por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad a que se refiere el artículo 49 superior. Por ello, dentro de las variadas formas de regulación que caben dentro del marco de su libertad de configuración, debe garantizar a toda la población el acceso a los bienes y servicios que satisfagan adecuadamente sus necesidades en materia de salud.”

5. El contenido y alcance del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

El artículo de la Ley 1122 de 2007 regula dos fenómenos económicos distintos: la integración vertical y la posición dominante de las EPS en el mercado. En tal sentido, el legislador establece una limitante, que no una prohibición absoluta, a estas últimas, al impedirles contratar, en adelante, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30 % del valor del gasto en salud. A renglón seguido, indica que las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

En un segundo inciso, el legislador facultó al Gobierno Nacional para que reglamentara, dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la ley, es decir, en los términos del artículo 46 de la misma “a partir de la fecha de su publicación”, la cual tuvo lugar el 9 de enero de 2007 en el Diario Oficial núm. 46.506, las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés, de cualquiera de los actores del sistema de salud.

En un tercer inciso, el legislador estableció un período de transición de un (1) año para aquellas EPS que sobrepasen el porcentaje de contratación del 30% de que trata el artículo, con el fin de que se ajusten a aquél, término que se vencerá el 9 de enero de 2008.

Finalmente, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 trae un parágrafo, en virtud del cual “Las EPS del Régimen Contributivo garantizarán la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público.”

Se trata por lo tanto de un precepto complejo, con una pluralidad de contenidos normativos, para dilucidar el alcance de los mismos resulta conveniente recurrir a distintos criterios interpretativos como se hará a continuación.

En primer lugar, una interpretación teleológica apunta a que el artículo acusado debe ser leído a la luz del objeto y fin general de la Ley 1122 de 2007, cual es, en los términos de su artículo 1º “el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios”; propósito que se pretende alcanzar mediante la implementación de un conjunto de reformas en aspectos relacionados con la dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de

salud. De tal suerte que los cambios introducidos por el legislador en materia de integración vertical patrimonial y posición dominante de la EPS no pueden ser entendidos de manera aislada, sino como elementos integradores de una profunda reforma introducida al sistema de seguridad social en salud en Colombia, encaminados todos ellos, como se anotó, al mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios.

Ahora bien, para efectos de una interpretación exegética deben ser precisados dos conceptos esenciales para la comprensión del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007: la integración vertical patrimonial y la posición dominante. En tal sentido, desde una aproximación de dirección estratégica, y siguiendo el clásico estudio de Coase (1937)39, la integración vertical es una teoría que describe un estilo de propiedad y control sobre las empresas. De tal suerte que el empresario se convierte en un coordinador de recursos, organizando diversas actividades que conforman una misma cadena de producción. En pocas palabras, las compañías integradas verticalmente están unidas por una jerarquía y comparten un mismo propietario. Así pues, diversas empresas desarrollan diferentes actividades, que combinadas, apuntan a la consecución de un mismo fin (vgr. una misma firma petrolera que, mediante diversas empresas, explora, explota, refina y comercializa el producto). Por el contrario, la integración horizontal consiste en que una corporación, que busca vender una clase de producto en numerosos mercados, crea una multitud de empresas subsidiarias, cada una comercializa el producto para un segmento de mercado o para un área diferente.

La integración vertical, de igual manera, puede ser, a su vez (i) hacia atrás; (ii) hacia adelante; y (iii) compensada. La primera consiste en que la compañía crea subsidiarias que producen algunos de los materiales utilizados en la fabricación de sus productos (vgr. una compañía automovilística puede poseer una empresa de neumáticos, una de vidrio y una de metal). El control de estas subsidiarias se justifica para crear un suministro estable de materiales y asegurar una calidad constante en el producto final. La segunda, hacia adelante, se presenta cuando la compañía establece subsidiarias que distribuyen o venden productos tanto para los consumidores como para su propio consumo (vgr. un estudio de cine que poseyera una cadena de teatros). Por último, la integración vertical compensada se presenta cuando la empresa establece subsidiarias que le suministran materiales a la vez que distribuyen los productos fabricados.

En el sector salud la definición de la integración vertical presenta dificultades por las especiales características de este mercado, Simoens y Scott40 la definen como la coordinación o unión de líneas de servicio dentro o a través de las etapas en los procesos de producción de atención en salud. Esto supone que la integración se relaciona con la circulación del paciente a través de las etapas de producción que son determinadas por episodio de salud. Entonces la integración vertical es una estructura de Gobierno diseñada para coordinar y controlar los servicios de atención que están en diferentes estados de la cadena de valor y que facilitan la colaboración y comunicación interorganizacional entre los oferentes de atención en salud que están involucrados en la prestación de servicios41. La doctrina propone unas dimensiones para la medición de la integración vertical en materia de salud: amplitud, forma de integración, grado de integración, modo de control, nivel de integración y duración42.

El artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 hace referencia tanto al grado de integración vertical

–al establecer un limite al porcentaje de los gastos de contratación entre EPS e IPS- como a la forma de integración pues utiliza el criterio de propiedad para determinar la forma de control que han de tener las EPS sobre las IPS para efectos de que opere la restricción legal. En esa medida la disposición demandada emplea expresiones y hace alusión a conceptos que requieren ser precisados para efectos de su aplicación tales como "con sus propias IPS", contratación y gasto en salud, labor que en principio no corresponde a la Corte Constitucional sino a la Superintendencia de salud en virtud de las facultades que le otorga la misma Ley 1122 a las cuales se hará alusión más adelante, no obstante para efectos del examen de constitucionalidad del precepto acusado, a juicio de esta Corporación la medida introducida para efectos de limitar la integración vertical debe ser entendida en sentido amplio, es decir como una prohibición de toda forma negocial que implique un acuerdo de voluntades entre EPS e IPS para la provisión de prestaciones en materia de salud.

La posición dominante, por su parte, consiste en una sustracción de la competencia efectiva, en una situación de fortaleza en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores. La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. También es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología.

Cabe asimismo señalar que el Estado, en virtud del artículo 333 Superior "por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional".

En diversas ocasiones la Corte se ha pronunciado acerca sobre la figura de la posición dominante, y el abuso de la misma, sobre este extremo cobra particular relevancia la definición consignada en la sentencia C- 616 de 2001, pues en esa ocasión se examinaba si los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1993 violaban la libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Carta Fundamental, al facultar a las Entidades Promotoras de Salud -EPS- para que prestaran directamente el servicio de salud a sus afiliados, a través de sus propias Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud -IPS-, en razón al trato preferencial que podrían tener éstas, en detrimento de otras que conservan su independencia. En palabras de la Corte:

"Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial,

que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C. P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores".

Resta adelantar una interpretación histórica, dirigida a determinar cuál fue la voluntad del legislador al momento de adoptar el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007. Cabe señalar que esta ley fue el resultado de diversos proyectos presentados de manera simultánea ante el Congreso de la república, en todos los cuales se hizo referencia desde una perspectiva crítica y con la clara finalidad de establecer limitaciones, a la figura de la integración vertical entre las EPS y las IPS46.

Por lo tanto, desde la presentación de los diversos proyectos de ley que, luego de acumularse se convertirían en la Ley 1122 de 2007, se tuvo siempre la intención, no de acabar con el esquema de integración vertical entre las EPS y sus IPS, sino de limitar la operancia de aquél, en algún porcentaje, con el propósito de mejorar la calidad del servicio y evitar abusos de la posición dominante por parte de las EPS. Este propósito resulta reiterado en las diversas etapas del trámite legislativo del proyecto de ley47.

Del examen de los antecedentes legislativos resulta evidente que (i) los temas de la integración vertical y la posición dominante fueron ampliamente debatidos en el Congreso de la República; (ii) los legisladores apoyaron sus discusiones en diversas fuentes, tales como los reportes dados por las empresas, la Superintendencia de Sociedades, así como las Cámaras de Comercio; (iii) el alcance de la limitación legal a la integración de las EPS con sus IPS fue incrementándose, conforme avanzaban los debates (comenzó con un 50%, aumentó al 60%, para finalmente quedar en 70%); (iv) los legisladores siempre tuvieron en mente que el modelo original adoptado por la Ley 100 de 1993, en sentido de permitirle a las EPS contratar el 100% con sus IPS, había entrado en crisis y no redundó en una mejor prestación de los servicios de salud; y (v) siempre se estimó necesario profundizar el control estatal sobre la contratación que realizan las EPS con sus IPS, con el propósito, igualmente, de mejorar y garantizar una mejor calidad del servicio de salud prestado.

Los distintos criterios interpretativos apuntan entonces a que el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 establece una limitación a la integración vertical de las EPS con sus propias IPS, es decir, a la realización simultánea de las actividades de aseguramiento y de prestación de servicios de salud, mediante la prohibición de la contratación de un valor superior al 50% de los gastos en salud, con la finalidad del mejoramiento en la prestación del servicio de salud al usuario, pues a juicio del Legislador la integración vertical iba en detrimento de la calidad de los servicios de salud.

6. El examen de constitucionalidad de la disposición acusada.

Entra ahora esta Corporación a examinar los distintos cargos formulados contra el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007. Ahora bien, como se trata de un enunciado complejo, que contiene diversas normas, respecto de las cuales además se plantearon acusaciones diferentes, el estudio de constitucionalidad de cada uno de los incisos se realizara de manera separada de la siguiente manera: (i) En primer lugar se examinará el inciso primero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 respecto de los cargos de introducir una limitación irrazonable y desproporcionada de la libertad de empresa y de la libertad de competencia, al igual que de vulnerar los principios de eficiencia y universalidad en concordancia con el derecho a la

autonomía personal en materia del servicio público de salud y del derecho a la atención en salud; (ii) luego se examinarán los cargos formulados contra el inciso segundo del mencionado artículo es inconstitucional por el supuesto desconocimiento del principio de reserva de ley; (iii) a continuación se estudiará si los incisos primero y tercero de la citada disposición son inexequibles por vulnerar el principio confianza legítima; (iv) finalmente se estudiará la constitucionalidad del parágrafo del artículo por el supuesto desconocimiento de los principios de reserva de ley, Estado de derecho, debido proceso y legalidad.

6.1. El examen de constitucionalidad del inciso primero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

6.1.1. La proporcionalidad de la limitación de la integración vertical entre las EPS y sus propias IPS.

El demandante considera que la Corte debe realizar un test de proporcionalidad estricto en relación con la intervención que el Legislador adelantó sobre la libertad económica de las EPS, es decir, que debe examinar si la medida persigue la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, si es adecuada y si finalmente logra superar el test de proporcionalidad en sentido estricto.

Pues bien, en el presente caso, la Corte estima que, en el presente caso no debe aplicar un test estricto de proporcionalidad, como el propuesto por el demandante, sino uno leve, por las razones que a continuación se sintetizan.

Como punto de partida es menester señalar que esta Corporación ha sostenido48 que el control de constitucionalidad en general, y el test de proporcionalidad en particular, adoptan diversas modalidades – leve, intermedio o estricto – según su grado de intensidad, el cual depende de la materia objeto de la disposición demandada49. De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte, cuando se trata de materias económicas50, o de asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador51, o cuando existen poderes reforzados de intervención estatal, como ocurre por ejemplo respecto de los servicios públicos52, la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual por otra parte es el que ordinariamente debe adelantar el juez constitucional frente a las medidas legislativas, en deferencia a la legitimidad democrática del Legislador para configurar el ordenamiento jurídico53. En estos casos resultan más relevantes los poderes de intervención estatales y la libertad de configuración legislativa que la limitación de las libertades económicas que este tipo de medidas suponen.

A lo anterior se añade que en reiteradas ocasiones esta Corporación ha empleado el test débil de proporcionalidad para examinar medidas legislativas que suponen restricciones a las libertades económicas en materia del servicio público de salud54.

Ahora bien, en el caso concreto, se debe analizar si una disposición legal que, con el fin de regular la integración vertical patrimonial y la posición dominante de las EPS, señala que estas últimas no podrán contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud, pudiendo distribuir dicho gasto en las proporciones que considere pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, contando además con un plazo de un año para

que, aquellas que superen dicho porcentaje se ajusten aquél, vulnera los artículos 333 y 334 Superiores.

Se podría argumentar que por estar en juego derechos constitucionales, como son las libertades económicas, se debería adelantar un test intermedio de constitucionalidad, empero este criterio en el caso concreto cede ante la naturaleza de la materia regulada, en la cual, como se ha reiterado en acápites precedentes, existen poderes estatales reforzados de intervención que son el criterio determinante para definir la naturaleza del juicio de constitucionalidad que ha de emprender esta Corporación.

Por otra parte la solicitud que hace el demandante de un juicio estricto de la disposición acusada por la supuesta afectación del derecho a la salud de los usuarios no es de recibo porque el actor no consigue demostrar que la prohibición de la integración vertical repercuta de manera negativa en la atención a la salud de quienes están en el régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, es decir, el actor formula cargos respecto a una afectación hipotética y no actual del derecho a la salud de los usuarios, máxime si se tiene en cuenta la disparidad de criterios sobre los reales efectos de la limitación de la integración vertical a los cuales se hará posterior alusión.

Así las cosas, ante la concurrencia de criterios señalados anteriormente la Corte empleara un test débil de proporcionalidad, a efectos de determinar la constitucionalidad de la medida. La modalidad del juicio de proporcionalidad débil supone que "[e]l juez constitucional deberá entonces respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma"55. Por lo tanto "si la ley que regula y limita una determinada actividad económica no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía"56.

De allí que su examen se circunscribirá a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limitará, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto.

En lo que concierne a la finalidad de la medida, un detenido examen de los antecedentes legislativos evidencia que, efectivamente, con la adopción del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, el Gobierno Nacional y el Congreso de la República, perseguían la consecución de tres fines específicos y complementarios. En primer lugar, y ante todo, mejorar la calidad del servicio de salud en Colombia. De igual manera, se pretendió evitar y controlar abusos de posición dominante que las EPS pudiesen realizar en el futuro, o realizan, en el mercado. Por último, se buscó ayudar a superar la crisis por la que atraviesa el sector público de salud en Colombia. La Corte advierte que no sólo cada uno de los fines anteriormente mencionados se ajusta a la Constitución, sino que no pueden ser examinados de manera aislada, ni con un

igual peso. En efecto, todos ellos hacen parte de una profunda reforma a la Ley 100 de 1993, luego de más de una década de vigencia de esta normatividad y numerosos estudios académicos y debates sobre la misma. De manera tal que la Corte estima que la medida supera exitosamente la primera parte del test de proporcionalidad débil.

Un segundo paso que debe adelantarse en un test de proporcionalidad débil consiste en determinar si la medida no es manifiestamente inconducente para la consecución de los fines pretendidos por el legislador. En tal sentido, una disposición legal guarda una relación de causalidad positiva con los fines constitucionales perseguibles, si conduce a un estado de cosas en que la realización de aquéllos se ve aumentada o incrementada en comparación con la situación que se presentaba antes de la intervención legislativa. En otras palabras, es preciso examinar si la realización del fin inmediato se alcanzará con un mayor grado de probabilidad, merced a la expedición de la norma legal.

Así las cosas, la idoneidad de la medida adoptada por el Congreso dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier clase con su fin inmediato, es decir, que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad, debido precisamente a la modalidad del juicio de proporcionalidad adoptado. De allí que el juez constitucional deba, prima facie, considerar que la medida es idónea si estima que puede contribuir a la consecución del fin constitucionalmente válido. No se puede, en consecuencia, exigir la realización plena del fin, ni mucho menos garantizar que el mismo será alcanzado, por lo tanto la falta de idoneidad de la medida deberá ser demostrada empíricamente, con base en conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.

Ahora bien, en el caso concreto, la medida afecta un derecho constitucional no fundamental pues las libertades económicas tienen esta naturaleza, en un ámbito en el que, como se analizó, el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa, dado que se está ante una intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud.

En tal sentido, el legislador estimó que limitando el modelo empresarial de integración vertical se mejoraría la prestación del servicio de salud en Colombia. El demandante, por el contrario, sostiene que gracias a las bondades que aquél ha demostrado se ha logrado prestar un adecuado servicio, y que por el contrario, limitarlo conduciría a empeorarlo, ya que se incrementarían los costos de transacción, razón por la cual la medida no sería idónea para las finalidades propuestas, para probar su aserto aporta diversos estudios en la materia. Su postura es contradicha por otros intervinientes, quienes sostienen, también con base en estudios científicos, que la realidad es otra, esto es, que la integración vertical total no conlleva necesariamente a garantizar una mejor calidad en la prestación del servicio de salud ni a ampliar la cobertura del sistema. En otras palabras, que los menores costos que se alcanzan mediante la implementación de un esquema empresarial de integración vertical, si bien incrementan el margen de ganancias del empresario, tales beneficios no se traducen necesariamente en un mejoramiento de la calidad del servicio.

Ahora bien, lo cierto es que consultando los estudios aportados por el demandante y los intervinientes, se constata que existen argumentos a favor y en contra del modelo de integración vertical de la EPS y con sus IPS.

Así por ejemplo, algunos autores destacan las siguientes ventajas que conlleva el mencionado sistema de gestión empresarial (i) disminución de los conflictos entre aseguradores y prestadores en las relaciones contractuales; (ii) disminución de las asimetrías de información con respecto a los procesos de producción a cargo del prestador; (iii) control o contención del gasto médico; (iv) ventajas de carácter económico para los aseguradores; y (v) reducción de las ineficiencias cuando las instituciones prestadoras desconocen los costos de prestación, o no tienen políticas de mejoras de calidad y optimización de procesos.57 Otros, por su parte, señalan como desventajas (i) pérdida de beneficios de la competencia, pues un eslabón integrado a otro termina anquilosándose, perdiendo productividad, eficiencia y calidad; (ii) la entidad prestadora se dedica a contener costos, a realizar procedimientos mínimos, a utilizar insumos de menor calidad; (iii) el usuario queda atrapado dentro de la red, sin poder elegir realmente; (iv) las EPS sólo desean prestar aquellos servicios de mayor rentabilidad o donde el volumen de demanda permite disminuir costos y hacer importantes ahorros que no se lograrían si se contratara a terceros; (v) se estimula la adopción de seguros alternativos para poder satisfacer el deseo o la necesidad de elegir libremente al prestador; (vi) se configura una posición dominante en la relación contractual; y (vii) se genera un anquilosamiento del profesionalismo médico ante la imposición del interés corporativo58. En igual sentido, algunos estudios de campo pudieron detectar que la integración vertical entre las EPS y sus IPS había conducido a (i) utilización de recursos del sistema de salud para financiar la construcción de infraestructura para la prestación del servicios, de propiedad de las EPS; (ii) creación de nueva infraestructura en áreas en las que ya existe oferta suficiente; (iii) amenaza a la estabilidad de las IPS públicas; (iv) discriminación en contra de las IPS independientes; (v) amenaza a la autonomía médica y científica del prestador; y en últimas, (vi) afectación de la calidad.59

Aunado a lo anterior, los estudios revelan que la mayoría de EPS del régimen contributivo no son gestionadas bajo el modelo de integración vertical con sus propias IPS, prevalenciendo, más bien, la figura de una empresa holding, que es propietaria de ambos negocios, pero éstos están jurídicamente separados y se relacionan entre sí mediante contratos con diversos grados de exclusividad. De igual manera, se evidencia que varias de las EPS más representativas ejercen un estrecho control sobre el primer nivel de atención o puerta de entrada al sistema.60 El mismo estudio concluye afirmando que “la integración no necesariamente lleva a que se maximice la función objetivo del sistema”.

De igual manera, la Contraloría General de la República, en su “Análisis del proyecto de ley que modifica el Sistema de Seguridad Social en Salud”, realizado en 2005, sostiene lo siguiente:

“Ese crecimiento vertical ha favorecido la venta de servicios de las mismas filiales a precios que distorsionan los del mercado hacia el aumento o la disminución, según sea conveniente a las utilidades. Por ello, es acertada la propuesta de cambio que implica que las EPS de los regímenes contributivo y subsidiario que cuenten con red propia sólo podrán contar con ésta hasta un 30% del total de servicios”61 (negrillas agregadas).

Así las cosas, si bien existen algunos argumentos a favor del modelo pleno de integración vertical entre las EPS y sus propias IPS, también lo es que los estudios demuestran que ese modelo empresarial, mediante el cual se abaratan los costos, no necesariamente redundan

en una mejor calidad del servicio de salud que se presta a los usuarios del sistema. Pero en todo caso ningún estudio demuestra de manera concluyente que la limitación de la integración vertical sea un mecanismo inadecuado para conseguir la finalidad de mejorar la prestación del servicio de atención en salud.

Ahora bien, debido a la modalidad del tipo de juicio de proporcionalidad que se adelanta en esta ocasión el juez constitucional debe estimar, prima facie, que la medida es idónea si no existen pruebas definitivas que demuestren lo contrario, tal y como sucede en el presente caso. En este orden de ideas, la Corte estima que la medida es idónea para la consecución del principal fin propuesto por el legislador, cual es, el mejoramiento de la calidad del servicio de salud.

Por otra parte, se tiene que con la norma acusada se pretende hacer frente, además, al fenómeno del abuso de la posición dominante de las EPS en el mercado de la salud. Al respecto, el demandante sostiene que, dada la fuerte regulación a la que se encuentran sometidas las EPS, dicha posición dominante no existe, y en consecuencia, no se puede abusar de la misma.

Diversos intervinientes, por el contrario, sostienen que si bien el usuario cuenta con la libertad para elegir la EPS de su preferencia, sí se presentan situaciones de posición dominante en el mercado. En igual sentido, el Ministerio de la Protección Social sostiene que la limitación legal del modelo de integración vertical y la posición dominante van de la mano por cuanto (i) por una parte, son netamente protectoras del usuario en la medida en que garantizan la calidad, la oportunidad y la eficiencia en la prestación del servicio de salud; y (ii) de otro lado, establecen reglas de transparencia a través de las cuales se evitan distorsiones en la oferta de servicios de salud. Y más adelante apunta que “de esta manera, se limitan situaciones que tienden a crear oligopolios o monopolios en la actividad”. Así mismo, con base en datos aportados por la Superintendencia Nacional de Salud, afirma el interviniente que “Otro dato curioso ha sido el esplendor de las inversiones financieras de las EPS en construcción de IPS. De los datos con que cuenta la Superintendencia Nacional de Salud a 2006, se advierte, con claridad el efecto soslayado y el movimiento existente de recursos , a tal punto que se demostraron procesos de alianzas claras entre EPS y constructoras”, situación que llevó a la expedición, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, de la Circular 026 de 2006, para finalmente concluir diciendo que “vorazmente se ha producido la integración vertical en desmedro de los recursos públicos, y obviamente, en la calidad de la atención”.

Al respecto, la Corte que, en los términos del artículo 333 Superior, “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”. Nótese que, de la misma redacción de la disposición constitucional se deriva que el deber del Estado no se limita a controlar abusos de la posición dominante, imputables a personas o empresas, sino igualmente a prevenir que los mismos tengan lugar en el futuro. En esta línea se incardina, precisamente, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

Aunado a lo anterior, esta Corporación advierte que la regulación de la posición dominante en materia de prestación del servicio de salud no es novedosa. En efecto, la Ley 100 de 1993

en su artículo 185 reza:

ARTÍCULO 185. INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD. Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.

Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud (negrillas agregadas).

Así las cosas, mediante la adopción del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 se pretende evitar situaciones de abuso de la posición dominante de las EPS en el mercado, mediante la introducción de una limitante al funcionamiento de un modelo empresarial de integración vertical.

En conclusión, la Corte estima que la medida es idónea para alcanzar el fin constitucionalmente válido de evitar situaciones de abuso de la posición dominante de las EPS, en los términos del artículo 333 Superior.

Por último, uno de los fines perseguidos con la Ley 1122 de 2007, y más exactamente con su parágrafo final, a cuyo tenor “Las EPS del Régimen Contributivo garantizarán la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público”, fue aquel de ayudar a solventar la crisis por la que atraviesa actualmente la red hospitalaria pública.

Al respecto, el demandante sostiene que si bien el “objetivo perseguido es noble”, a su vez, “no contribuye a solventar dicha crisis”. En respaldo a la anterior aseveración, sostiene que la crisis del sector hospitalario público no encuentra su origen en la integración vertical sino en deficiencias administrativas y de gestión de las EPS e IPS del sector público. De igual manera, la inclusión del sector público conducirá, según el actor, simplemente a disponer de más recursos aumentando así “el riesgo de pérdida en el sistema de salud”.

La mayoría de los intervinientes defienden una postura distinta. Así, el Ministerio de la Protección Social afirma que, “en cuanto a la proporcionalidad, la decisión de limitar a un 30 %, como máximo, la contratación con IPS propias, contiene un mensaje claro en torno a rescatar, en lo posible, los efectos benéficos de la integración vertical, sin perder de vista que el grueso de la contratación debe realizarse con IPS externas. Respecto de estas últimas, el sesgo y su animosidad, en general gratuita, frente al sector público del actor es evidente. El reciente ranking de IPS permite colegir lo contrario y, además genera un efecto positivo y desencadenante de beneficios para el usuario y en la libre competencia en la oferta de servicios, lo cual debe ocurrir por necesario efecto de oposición. En el mencionado ranking se

destacan como el Hospital General de Medellín, Hospital Pablo Tobón Uribe, Hospital El Tunal, Hospital Universitario Clínica San Rafael….entre muchas otras.” Y más adelante señala “El arrinconamiento al que se han visto sometidas estas entidades ha generado un círculo perverso y endémico, que las ha afectado sensiblemente”.

Pues bien, como se ha indicado, en el juicio de constitucionalidad de la medida, y mucho más cuando ésta es de contenido económico, bastará con constatar que aquélla guarde una relación positiva de cualquier clase con su fin inmediato, es decir, que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad.

En el caso concreto, limitar la libertad de contratación de las EPS con las IPS propias, se presenta como una medida no manifiestamente inconducente para ayudar a solventar, en algún grado, la crisis económica por la que atraviesa la red hospitalaria pública del país, por cuanto, como es obvio, esa medida aunada a la previsión contenida en el parágrafo del articulo demandado en el sentido que “[l]as EPS del Régimen Contributivo garantizarán la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público”, incrementará el porcentaje de contratación de las EPS con las instituciones prestadoras públicas, lo cual necesariamente repercutirá en el incremento de los recursos económicos de éstas últimas. No corresponde por tanto al juez constitucional entrar a medir con exactitud hasta dónde la medida contribuirá a solventar la crisis de las IPS públicas, o si deberían existir otras y de que naturaleza, por cuanto el control de constitucional no puede erigirse en un juicio de conveniencia. Basta, como se ha indicado, con que la medida sea racionalmente adecuada para la consecución del fin perseguido, como efectivamente sucede en este caso.

Aunado a lo anterior, en términos de atención al usuario, la contratación de las EPS del régimen contributivo con IPS públicas, contribuirá a ampliar la cobertura del sistema, por cuanto, como lo indicó el Departamento Nacional de Planeación “Los hospitales públicos están distribuidos por toda la geografía colombiana, mientras que las instituciones privadas se concentran en las grandes ciudades”62.

En este orden de ideas, la Corte considera que el primer cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar pues la limitación de la integración vertical entre las EPS y sus propias IPS es una medida que persigue finalidades constitucionalmente legítimas y que parece idónea para alcanzar tales propósitos, razón por la cual no supone una restricción desproporcionada de las libertades económicas de las EPS.

6.1.2. La supuesta inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 15 por desconocer los derechos a la salud y a la seguridad social, particularmente en lo referido a los principios de eficiencia y universalidad, en concordancia con el derecho a la autonomía personal.

El segundo cargo que formula el demandante contra del inciso primero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 radica en el supuesto desconocimiento de los principios de eficiencia y universalidad en el servicio público de atención de la salud, al igual que el derecho a la autonomía personal de los usuarios del servicio (Art. 16, 48 y 49 C. P.).

Según el demandante la medida producirá un encarecimiento en la prestación de los servicios de salud y una disminución de la calidad de aquellos que actualmente se prestan, lo que iría en detrimento de la eficiencia del sistema puesto que “se impide que operen

mecanismos de control de gastos y de racionalización de la demanda de servicios, que redunden en un uso eficiente de los recursos, pues implica ausencia de algunos controles sobre el despilfarro de recursos. Además, se limita la oportunidad de reinversión de los recursos en mejoramiento de la calidad. Se afecta la financiación del sistema y el acceso a la salud y la inversión de recursos en mejoramiento de la calidad del servicio de salud". En cuanto al principio de universalidad, sostiene el demandante que la disposición acusada lo vulnera, ya que impide ampliar la cobertura del sistema a toda la población. En tal sentido, según el ciudadano, "La medida castiga a las EPS que se han esforzado por crecer dentro del mercado y extender sus servicios a cada vez más afiliados, mediante la optimización de los recursos financieros y organizacionales y la oferta de servicios de calidad y eficiencia". Así pues, "El artículo demandado ataca directamente a aquellas EPS que, por su trayectoria de negocios y su buen desempeño, han consolidado una buena posición en el mercado".

Este cargo lleva a la necesidad de determinar cómo se relacionan los principios de universalidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud con el concepto de eficiencia económica, de forma que pudiera considerarse que una restricción a esta última constituye a su vez un retroceso en dichos principios constitucionales.

Desde una perspectiva económica, la eficiencia se describe como una relación entre insumos y resultados en la producción de bienes y servicios. La anterior relación puede medirse en términos físicos (eficiencia técnica) o en términos de costo (eficiencia económica). Por el contrario, un concepto de eficiencia distributiva, tomará en consideración el bienestar del consumidor o usuario de un servicio, es decir, considerará la asignación de recursos para efectos de producir la combinación de bienes y servicios, que mejor satisfaga la demanda de los consumidores.63

Así las cosas, en pocas palabras, la eficiencia técnica consiste en un adecuado aprovechamiento de los recursos disponibles; en tanto que la eficiencia económica supone que una empresa persigue el objetivo de minimizar costos, mediante la elección de insumos y productos técnicamente eficientes.

Ahora bien, el concepto de eficiencia en el sistema de seguridad social resulta ser mucho más amplio que las simples eficacias técnica y económica, por cuanto involucra la prestación de un servicio público esencial, como lo es la salud, la cual a su vez es un derecho constitucional y está interrelacionada con otros valores, principios y derechos fundamentales64. De igual forma, esta Corporación ha sostenido que en materia de seguridad social el concepto de "rentabilidad financiera debe ser interpretado no de manera aislada, sino en armonía con los principios superiores previstos en los artículos 48 y 49 constitucionales en relación con el sistema de seguridad social en salud."65 También en sede de amparo, en numerosas ocasiones el juez constitucional se ha referido al concepto de eficiencia en la prestación del servicio de salud poniendo de manifiesto que trasciende a los criterios meramente económicos66.

En suma, el examen que debe adelantar la Corte en relación con la medida no puede soportarse en términos de mera eficacia técnica o económica, por cuanto, se insiste, la prestación del servicio de salud en Colombia no puede ser entendido como un simple "mercado de la salud", regido por las leyes de la oferta y la demanda. La garantía de los

derechos económicos, sociales y culturales no depende de criterios de simple utilidad o provecho económico particulares.

Ahora bien, el demandante insiste en que al limitar legislativamente la aplicación del modelo empresarial conocido como “integración vertical”, necesariamente se encarecerán los costos del servicio de salud, y por esta vía, se terminarán vulnerando los principios constitucionales de universalidad y eficiencia de la seguridad social. No comparte la Corte tales conclusiones, por las razones que pasan a explicarse.

Como se ha explicado, la “integración vertical”, efectivamente conduce a reducir los costos de producción, por cuanto dos eslabones que corresponden a procesos distintos se encuentran integrados dentro de una misma empresa67. Así pues, la integración vertical se fundamenta en el aumento de la “utilidad” de la empresa por reducción de los costos de transacción (economías de escala, reducción de riesgos de transacción y contractuales, control de la actividad integrada), sin embargo, los beneficios obtenidos con la reducción de costos de transacción, no necesariamente se trasladan al usuario del servicio.

Así las cosas, en el ámbito de la salud, el ahorro de costos que se produce con la integración vertical entre aseguradores y prestadores no necesariamente se traduce en mayor calidad del servicio y en mayor bienestar social de los usuarios, estos últimos si factores determinantes para establecer, en términos constitucionales y no económicos la “eficiencia en la prestación del servicio de salud”. Entonces, no asiste razón al demandante cuando propone una eficiencia meramente económica y técnica como parámetro para examinar la constitucionalidad de la limitación de la integración vertical, pues deja de lado las mejoras que posiblemente acarree esta medida en el mejoramiento de la calidad de la atención en salud, las cuales ya fueron puestas de manifiesto en el acápite precedente de esta decisión al examinar la idoneidad de la disposición acusada.

Por otra parte el mercado de los servicios de salud en Colombia no es un mercado de libre juego de la oferta y la demanda, en el cual la fijación de los precios que las instituciones prestadoras cobran a las administradoras del sistema es fijado libremente por las EPS y las IPS, porque precisamente distintas disposiciones legales contenidas en la propia Ley 1122 de 200768 y en la Ley 115169 del mismo año otorgan a organismos estatales la facultad de fijar las tarifas correspondientes a los servicios que prestan las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) u otras entidades prestadoras de servicios de salud como las Empresas Sociales del Estado (ESE), razón por la cual el criterio de eficiencia económica propuesto por el demandante pierde gran parte de su eficacia argumentativa, pues de nada valdría disminuir los costos de la prestación de los servicios de atención de la salud mediante la integración vertical si en todo caso éstos no podrán ser retribuidos a precios inferiores a las tarifas fijadas por la Comisión de Regulación en Salud.

En cuanto a la supuesta vulneración del principio de universalidad, establecido en el artículo 48 constitucional respecto del servicio público de seguridad social y en el artículo 49 superior en relación al servicio de atención en salud, tal acusación es formulada por el demandante desde una perspectiva errónea como se expondrá a continuación. Sostiene el actor que la limitación de la integración vertical impide la expansión en el mercado de las EPS “eficientes” en términos económicos, con el propósito de captar un mayor numero de

afiliados. Confunde entonces el demandante un principio que se predica del sistema considerado en su conjunto –la universalidad- con el interés particular de ciertos participantes del sistema –las entidades promotoras- de aumentar su participación en el mercado.

Al respecto basta anotar que el principio de universalidad orienta la acción del legislador y de los diferentes participantes del sistema de integral de seguridad social para avanzar, dentro de un mandato de progresividad, hacia la efectividad del derecho a la atención en salud de todas las personas mediante la ampliación de la cobertura del servicio público. En esa medida, las normas de seguridad social exigen ser interpretadas y aplicadas con un sentido incluyente y progresivo (tendiente a la universalidad), que permita hacer efectiva "la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de su vida"70. Por lo tanto el principio de universalidad hace referencia a la ampliación paulatina de la cobertura del servicio público a la cual va aparejada una progresiva satisfacción del derecho a la salud, debe ser apreciado entonces respecto del funcionamiento del sistema en su conjunto y no respecto a una entidad promotora en particular.

En consecuencia no se afecta el principio de universalidad cuando se establecen medidas que hipotéticamente limitan la posibilidad de las EPS individualmente consideradas de ampliar su participación en el mercado de servicios de la salud, captando un mayor número de afiliados, pues este tipo de medidas puede conducir simultáneamente a aumentar la cobertura del sistema en general, al igual que la calidad de las prestaciones y el grado de satisfacción de los usuarios, como se ha dicho que pretende la limitación de la integración vertical.

Finalmente argumenta el demandante que la limitación de la integración vertical puede conducir una afectación de la autonomía de la voluntad de los afiliados al momento de escoger las instituciones prestadoras, pues en ciertos casos, a pesar de la elección que hubieren hecho, las EPS no podrían remitirlos a las IPS propias, debido al tope legalmente fijado en materia de contratación de los gastos de salud.

Ahora bien, esta Corporación se ha pronunciado sobre la libertad de escogencia de los usuarios y ha sostenido que se trata de "una garantía conexa para asegurar el derecho fundamental de acceso a la Seguridad Social, y para permitir que este último se materialice en una prestación regular, continua, oportuna y eficiente de los servicios médicos que requieran los afiliados y que se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud"71, la cual sólo puede ser limitada "en términos normativos, por la regulación aplicable; y en términos fácticos, por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes, esto es, por ejemplo, en el marco de los contratos o convenios suscritos por las EPS"72.

La libertad de escogencia de los afiliados, además de ser una garantía conexa al derecho de acceso a prestaciones en materia de salud, guarda estrecha relación con el derecho fundamental de la dignidad humana, dentro de cuyo haz de conductas protegidas se encuentra la autodeterminación del sujeto en la toma de decisiones que lo afectan, entre las que se cuentan la escogencia de las instituciones prestadoras de servicios de salud; al igual que con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como derecho de libertad

in nuce, que protege ámbitos de la autonomía individual no protegidos por derechos de libertad específicos.

Esta libertad está reconocida por el artículo 159.4 de la Ley 100 de 1993, como una garantía de los afiliados, y dentro de las finalidades perseguidas por la reforma al marco normativo del sistema general de seguridad social en salud estaba la de crear mecanismos idóneos para su garantía73, así el artículo 25 de la Ley 1122 de 2007 confía al Ministerio de la protección social la definición de los mecanismos para que las EPS de los diferentes regímenes garanticen a los afiliados la posibilidad de escoger entre las diferentes opciones de IPS existentes en la red ofrecida por la aseguradora en su área de influencia. Adicionalmente el parágrafo del mismo artículo señala que el usuario cuya libertad de escogencia sea menoscabada o al cual se le haya prometido falsamente obtener servicios de una determinada red de prestadores puede cambiar de EPS sin importar su tiempo de permanencia en esta.

En ciertos casos la limitación de la integración vertical y de la posición dominante de las EPS, mediante la restricción del monto de contratación de los gastos de salud con las IPS propias, puede conducir a una limitación de la libertad de escogencia de los afiliados, pues éstos no podrían elegir para la prestación de servicios de salud IPS propiedad de la EPS a la cual están afiliados, cuando entre estas entidades se hubiera alcanzado el monto del 30% de la contratación del valor de los gastos de salud legalmente permitido. Lo anterior evidencia una tensión entre las finalidades constitucionalmente legítimas que persigue la disposición acusada por una parte, y el derecho de acceso a prestaciones en materia de salud, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de los usuarios del sistema, garantizados mediante la libertad de escogencia de las instituciones prestadoras.

Se trata, sin embargo, de una tensión que no acarrea como consecuencia la inconstitucionalidad de la disposición acusada, pues puede ser solucionada mediante una interpretación condicionada del inciso primero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007. Por tal razón este enunciado normativo será declarado exequible en el entendido que las limitación a las EPS de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados.

Ahora bien, el anterior condicionamiento no debe entenderse en el sentido que las EPS pueden superar el límite al 30% del valor de la contratación del gasto de salud con sus propias IPS señalado en el inciso primero del artículo demandado, pues de ser así la disposición acusada quedaría sin ningún efecto práctico, sino en el sentido que el limite legalmente establecido a la contratación de los gastos en salud para efectos de restringir la integración vertical entre EPS e IPS propias no puede ser alegado por las primeras como un pretexto para obstaculizar la libertad de escogencia de los afiliados.

Adicionalmente para que el condicionamiento introducido cumpla la finalidad de garantizar la libertad de escogencia de los afiliados considera esta Corporación que el Ministerio de la protección social debe regular la materia, tal como prevé el artículo 25 de la Ley 1122 de 2007, de manera tal que la EPS informe a los usuarios de forma permanente y especialmente

en cada oportunidad en que les sea prescrito un procedimiento, una actividad, una intervención o en general cada vez que requieran un servicio en salud, diferentes opciones de IPS existentes en la red ofrecida por la aseguradora en su área de influencia.

Por otra parte, considera esta Corporación que la limitación a la contratación del valor de los gastos de salud tampoco puede afectar los servicios de urgencia prestados por las IPS, pues de ser así no sólo se afectaría el derecho a la atención de la salud de los usuarios del sistema, sino también se pondrían en riesgo otros derechos fundamentales tales como la vida, el mínimo vital, la dignidad humana o la integridad personal del afiliado. En efecto, por sus características la atención de urgencia74 implica la pronta provisión de servicios en salud los cuales no pueden ser diferidos por las instituciones prestadoras bajo ninguna circunstancia. En consecuencia, también se condicionará la disposición acusada en el sentido que en todo caso se deberán atender los eventos de urgencia.

6.1.3. El examen de los incisos primero y tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 por la supuesta vulneración del principio de confianza legítima.

La Corte debe establecer si la limitación a la integración vertical introducida por la disposición demandada y particularmente si el período de transición de un año fijado en la ley para que las EPS se adapten a la nueva regulación legal, es razonable a la luz del principio de confianza legítima que se deriva del Artículo 83 de la Constitución Política.

Según el actor, las EPS amparadas en la legislación vigente realizaron cuantiosas inversiones y profundas organizaciones empresariales, encaminadas al desarrollo e implementación de la integración vertical en aras a lograr la eficiencia, por tal razón el cambio abrupto de las reglas de juego vulneraría el principio de confianza legítima amén que el plazo de un año establecido por el Legislador para adaptarse al nuevo esquema de limitación de la integración vertical es a tal punto inadecuado y corto, que hace que el artículo 15 en su integridad sea inconstitucional.

Para resolver este punto, la Corte deberá referirse al alcance del principio de confianza legítima como límite de la potestad del legislador de modificar y adaptar la legislación vigente, especialmente cuando se trata de tomar medidas tendientes a organizar y reordenar la prestación de servicios públicos esenciales.

La confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller75, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

La confianza legítima opera entonces para proteger al particular frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas respecto de una situación jurídica previamente existente. En tal sentido, el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de

hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración76. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación77. De igual manera, la doctrina foránea considera que, en virtud del principio de la confianza legítima, la administración pública no le exigirá al ciudadano más de lo estrictamente necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso persiga78. No obstante, la jurisprudencia extranjera también ha considerado que el mencionado principio no es absoluto, que es necesario ponderar su vigencia con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico, en especial, con la salvaguarda del interés general en materia económica79.

La jurisprudencia de la Corte ha sido además constante en señalar que el principio de la confianza legítima es una proyección de aquel de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá. En palabras de la Corte "Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política"80. Y que, este principio encuentra un límite en su contenido y alcance que es dado por el principio del interés general81.

Igualmente ha considerado, que "La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando solo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida"82.

De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado que el principio de confianza legítima no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrados, sino que irradia a la actividad judicial. En tal sentido, se consideró que "En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet"83.

Así mismo, la Corte ha insistido en que la garantía de la confianza legítima, de forma alguna se opone a que el Congreso de la República modifique las leyes existentes, lo cual iría en contra del principio democrático, y por lo tanto, tampoco implica petrificar el sistema jurídico84.

En este orden de ideas, el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos legítimamente adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

En el caso concreto, el demandante sostiene que el legislador vulneró el principio de confianza legítima, por cuanto, a su juicio, no sólo impuso a los particulares una restricción irrazonable e injustificada al ejercicio de su libertad económica, sino que además, el plazo otorgado de un año para ajustarse al cambio es muy breve, lo cual conduce a que muchas EPS, que habían hecho cuantiosas inversiones con base en las anteriores disposiciones legales, encaminadas al desarrollo e implementación de la integración vertical en aras a lograr la eficiencia, se vean seriamente perjudicadas. No comparte la Corte tales apreciaciones, por las razones que pasan a explicarse.

En primer lugar, la Corte ya determinó en un acápite previo de la presente decisión que la intervención que realizó el legislador sobre la libertad económica no era irrazonable ni injustificada.

En segundo lugar, como se ha señalado, la apreciación de la afectación del principio de la confianza legítima deberá tener presente la materia que se regula. En el presente caso, se trata de un ámbito en el cual el Estado cuenta con numerosos instrumentos de intervención económica, no sólo por tratarse de un servicio público, sino por estar de por medio el disfrute de un derecho como lo es la salud. De allí que los particulares que deciden cooperar con el Estado en la prestación del servicio, deben ser conscientes del amplio margen de maniobra con el que aquél cuenta para garantizar, en últimas, la debida prestación y calidad del servicio.

Al respecto cabe señalar que mediante la Ley 100 de 1993 el Congreso de la República facultó a los empresarios, que así lo deseasen y quisieran asumir el correlativo riesgo de hacerlo, para adoptar un modelo de integración vertical. No se trató, en consecuencia, de una obligación, sino de una autorización. De igual manera, no se puede perder de vista que el Estado no empleó instrumentos económicos de fomento o promoción del mencionado modelo de gestión empresarial. En otras palabras, el Estado no creó incentivos para la integración vertical entre las EPS y las IPS, ni difundió entre los asociados la percepción que la legislación que permitía este modelo de gestión permanecería vigente de manera indefinida.

En el mismo sentido, la apreciación de la afectación de la confianza legítima debe tener en cuenta las calidades del sujeto afectado, de manera tal que cuando un operador económico prudente y diligente está en condiciones de prever la adopción de una medida legislativa que

pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si dicha medida se adopta85. En otras palabras, la afectación del principio de confianza legítima guarda relación con las calidades del sujeto que la alega y por lo tanto cuando se trata de organizaciones empresariales con un amplio acceso a la información y con un amplio conocimiento de una actividad económica determinada, éstas no pueden alegar la ruptura del principio constitucional si decidieron por su propia cuenta y riesgo adelantar actividades sobre las cuales sabían que existía la probabilidad que fuera adoptada una legislación contraria a su intereses.

Como lo pone de presente uno de los intervinientes, el tema de la limitación al modelo de la integración vertical venía siendo planteado en diversos foros académicos y universitarios con antelación a la expedición de la Ley 1122 de 2007, normatividad que, como se sabe, fue el resultado del debate de numerosos proyectos de ley que se cumularon sometieron a las Comisiones Séptimas Conjuntas de Cámara y Senado86. En otras palabras, no se trató de un cambio normativo intempestivo o completamente imprevisible, pues el acceso a información de que disponían los agentes económicos, hacía previsible el cambio legislativo.

Además, la medida afecta a empresarios con amplios conocimientos y experiencia en materia del servicio público de salud, los cuales les permitían anticiparse y prever los cambios normativos que ocurrirían en el sector, sometidos por ende a una carga de diligencia en la gestión de sus firmas. No era la misma situación que se ha presentado en otros casos amparados por la Corte, de personas que se encuentran en condiciones de precariedad económica, como por ejemplo los vendedores ambulantes.87

Finalmente, el Legislador previó un plazo para que las EPS se adaptaran a la nueva regulación que limita la integración vertical, por lo que expresamente se contempló la gradualidad en la transición al nuevo régimen y en esa medida el cambio introducido a las reglas de juego previamente existentes no fue abrupto, pues el inciso tercero de la disposición demandada establece un período de transición para que las entidades promotoras se ajusten a los nuevos límites legales en materia de contratación de los gastos de salud con sus IPS propias.

Ahora bien, el demandante alega que en todo caso el término de un año establecido en el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 es insuficiente para que las EPS se adapten a la nueva regulación, lo que acarrearía la inconstitucionalidad de la limitación a la integración vertical. Para resolver este cargo es importante determinar su alcance, pues a juicio de la Sala esta acusación se dirige contra la duración del periodo de transición previsto por el Legislador y no contra la limitación de la contratación de los gastos de salud entre una EPS y sus IPS propias, medida que como se ha sostenido previamente es ajustada a la Constitución.

Al respecto cabe señalar que en principio el plazo de un año parece adecuado para cumplir que aquellas EPS afectadas con la medida introduzcan los ajustes en materia de contratación exigidos por el enunciado normativo demandado, sin embargo, algunos de los intervinientes –como por ejemplo SALUDCOOP- aseguran que actualmente algunas EPS superan ampliamente el porcentaje legalmente señalado, de manera que el término reconocido por la ley sería insuficiente en aras de garantizar una adecuada atención en materia de salud a sus

afiliados, mientras diseñan un nuevo esquema de contratación.

Por otra parte, como se anotó en un acápite precedente de esta decisión, la disposición demandada exige para su efectiva aplicación que previamente sea establecido el porcentaje de contratación de los gastos en salud de una EPS “con sus propias IPS”, lo cual, por una parte, requiere que sea precisado el alcance de dicha expresión contenida en el inciso primero de la disposición demandada, al igual que el sentido de la fórmula empleada por el Legislador para limitar la integración vertical, a saber la prohibición de la contratación de más del 30% del valor del gasto en salud. En ese orden de ideas la aplicación del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 supone que la Superintendencia Nacional de Salud, como órgano encargado de hacer cumplir esta disposición, en virtud de sus atribuciones en materia de inspección, vigilancia y control88, previamente establezca que una entidad promotora vulnera el limite señalado por la Ley para que esta inicie el proceso de ajuste para adecuar su contratación a los porcentajes legales.

Considera entonces esta Corporación que el plazo de un año previsto en el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 no puede contarse de manera automática, a partir de la entrada en vigor del precepto en cuestión, sino que requiere que se surta una serie de actuaciones para que dicho término cumpla la finalidad de permitir la gradualidad en la transición entre regímenes legislativos. Por tal razón se condicionará su constitucionalidad al entendido que el plazo de un año comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud para definir que se entiende por contratar con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud, la entidad de control le notifique a la EPS respectiva que debe ajustar su integración vertical al porcentaje legalmente establecido.

La Corte debe determinar si el inciso 2º del mismo artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 desconoce al principio de reserva de ley (arts. 150, 152, 189-11 y 333 C.P.), al señalar que el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones de competencia del sector salud para evitar el abuso de posición dominante o los conflictos de interés. Para el efecto, será necesario hacer referencia al principio de reserva de ley y establecer si en materia de prestación del servicio de salud, la regulación de las condiciones de competencia del mercado con fines de interdicción del abuso de posición dominante y de conflictos de interés, es un asunto exclusivo del legislador o admite su ordenación por parte del Gobierno Nacional a través de decretos reglamentarios.

Al respecto, la Corte advierte que se está ante una tensión entre los ámbitos mínimos de regulación legislativa y los espacios posibles de ordenación reglamentaria. Se plantea pues el siguiente interrogante: ¿Qué tanto de una materia forma parte de la reserva de ley y hasta dónde puede ser reglamentada por el Gobierno?

Si bien la Constitución Política no trae una regla general para resolver estos interrogantes y la respuesta no podría revestir la misma intensidad en todos los casos, dada la multiplicidad de materias que son objeto de regulación y frente a las cuales se pueden dar razones más o menos fuertes, dependiendo del tipo de intereses en conflicto, para exigir en mayor grado la intervención de la Ley y no del Reglamento y viceversa, la solución a estos cuestionamientos tiene que ver directamente con el modelo del Estado Social de Derecho, la relación que uno y

otro tipo de actos tiene con las libertades ciudadanas y la función que cumplen en la configuración de los contenidos normativos que rigen una materia.

El principio de reserva de ley como elemento esencial del Estado Social de Derecho tiene una significación especial en el ámbito de las potestades públicas de regulación de los derechos y libertades ciudadanas. Por tanto, es determinante al momento de establecer el reparto de competencias entre la Ley y el Reglamento, en orden a excluir cualquier restricción de las libertades públicas que no tenga origen en la decisión del legislador como órgano máximo de representación ciudadana. En la medida que el Estado Social de Derecho se funda en la primacía de libertad y de la igualdad (art.13 C.P.), exige necesariamente que allí donde constitucionalmente sea indispensable introducir limitaciones a su ejercicio, deba mediar la participación del legislador como garante de representatividad y de la existencia de un debate democrático previo que legitime la exigibilidad, universalidad y reciprocidad de toda regla de conducta que restrinja el desarrollo de las libertades ciudadanas.

Se puede afirmar entonces que la Constitución no reserva para el Reglamento una facultad de intervención directa en el ámbito de las libertades públicas, en cuanto su función está delimitada y subordinada a la necesidad de asegurar la "cumplida ejecución de las leyes" (art. 198-11). Por tanto, la exigencia de una ley como elemento de base para el ejercicio de la potestad reglamentaria, asegura el modelo de participación democrática e impide que el Ejecutivo, vía reglamentaria, pueda configurar el contenido de las libertades públicas y determinar autónomamente aquello que pueden o no pueden hacer los ciudadanos.

De esta forma, el principio de reserva legal marca un límite en la actividad reglamentaria, de manera que aquél espacio que la Constitución ha reservado a la ley no puede ser ocupado por normas de inferior jerarquía que no tienen la legitimación propia de las decisiones adoptadas por el legislador. Sin embargo, ello no determina que la potestad reglamentaria carezca de importancia o que su papel sea irrelevante en la configuración de los contenidos normativos que rigen una materia. Sólo que la función que cumple en el marco del Estado Social de Derecho es diferente al de la Ley. Mientras ésta tiene por esencia un contenido político y un fundamento democrático, y dentro del contexto de los derechos y garantías constitucionales, un poder creador o innovador de las relaciones jurídicas y de los contenidos normativos que habrán de regir el comportamiento social, el Reglamento tiene una orientación esencialmente técnica y un propósito "aplicativo" o de "ejecución" de aquéllas decisiones políticas originadas en la voluntad general. La importancia del Reglamento en el orden constitucional está entonces en la garantía de una correcta y "cumplida ejecución de la ley", lo cual es especialmente relevante en aquéllas materias que requieren de actualización permanente y altos estándares de eficiencia y eficacia técnica, que corresponden más claramente a la naturaleza misma de la función "administrativa"89.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que los referentes normativos para reglamentar una materia (mínimo legal) pueden encontrarse en disposiciones legales diferentes a la que se demanda, en tanto que estén relacionadas directamente con ésta o formen todas ellas un sistema legal dentro del cual queda enclavado el ejercicio de la potestad reglamentaria de que se trate. En este sentido, por ejemplo, al estudiar algunas normas del leasing habitacional, la Corte declaró exequible la expresión "En el reglamento que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del presente artículo, adoptará medidas que garanticen la

protección de los usuarios o locatarios" de la Ley 795 de 2003, al considerar que la indefinición de dicha expresión era apenas aparente, pues existían referentes legales suficientes para el ejercicio del poder reglamentario en la Ley 35 de 1993 y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero90.

Por ello, como se señaló en la Sentencia C-894 de 2006, frente a una disposición legal que ordena al Gobierno reglamentar una materia en determinado sentido, habrá de diferenciarse si corresponde al traslado indebido de los contenidos normativos mínimos que corresponden a la Ley (caso en el cual la norma será inconstitucional al ponerse en evidencia una sustitución de la ley por el reglamento91) o si se trata de una manera válida de fijar por el legislador parámetros o fines necesarios para orientar el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con el marco legal que rige la actividad y que no conlleva per se una extensión indebida del ámbito de la función propiamente administrativa. Como advierte el Procurador General de la Nación, la importancia del principio de reserva de ley no está en excluir por completo el Reglamento del sistema de fuentes jurídicas, sino en garantizar que las decisiones políticas fundamentales que desarrollen la Constitución, según la intensidad exigida para cada caso, tengan su origen en la Ley y no en el Reglamento.

En este orden, la inconstitucionalidad de una norma por violación del principio del de reserva de ley estará relacionada con aspectos tales como si se permite que el Reglamento invada o no la órbita de competencias propias del legislador en materia de delimitación de las libertades ciudadanas, si se respeta o no la existencia de mínimos legales (de acuerdo con los diferentes tipos de leyes desarrollados por el Constituyente) y si se desnaturaliza o no la función derivada que tiene la potestad reglamentaria en la configuración de los contenidos normativos, esto es, como complemento de las decisiones políticas contenidas en la ley.

En el presente caso, el demandante cuestiona la constitucionalidad de la siguiente expresión del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007:

El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés, de cualquiera de los actores del sistema de salud.

Para el actor, esta disposición es completamente indefinida y no establece un contenido legal mínimo para el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo que determina que ésta pueda extenderse a aspectos nucleares de la libertad de empresa y de la libre competencia, tales como "la definición del abuso de posición dominante y de los conflictos de interés en materia de salud".

Al respecto, la Corte observa que el segmento acusado puede dividirse en tres partes: (i) un término de seis meses para expedir la reglamentación a la que allí se alude92, (ii) una finalidad: evitar el abuso de posición dominante y los conflictos de interés de cualquiera de los actores del sistema de salud; y (iii) la materia objeto de reglamentación: las condiciones de competencia en el servicio público de salud.

Esta distinción, permite identificar con exactitud la materia objeto de reglamentación (las condiciones de competencia del sector salud) y diferenciarla de los fines a los cuales debe orientarse (evitar el abuso de posición dominante y los conflictos de interés). Estos últimos

no constituyen el objeto mismo de reglamentación, como sostiene el demandante, sino parámetros externos de delimitación material para su ejercicio. En consecuencia, tales fines hacen parte del mínimo legal que sirve de referente para reglamentar la materia.

Tendría razón el demandante en su argumentación si tales fines fueran el único parámetro normativo de orden legal para reglamentar la materia, pues podrían resultar insuficientes a la luz del principio de reserva de ley. Sin embargo, es claro que lo dispuesto en la expresión atacada no corresponde a una ordenación aislada o novedosa de la materia, sino que se integra al conjunto de normas legales que regulan de manera general el derecho a la libre competencia y de manera específica su aplicación al sistema de salud, las cuales constituyen un marco legal suficiente para el ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el aparte acusado:

Por una parte, la Ley 155 de 1959 y el Decreto Extraordinario 2153 de 199293, constituyen el marco general aplicable de las actividades comerciales, en materia interdicción y sanción de cualquier acto o acuerdo contrario a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante94. Allí se define específicamente el abuso de posición dominante (posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado) y se identifican algunos de los actos o acuerdos contrarios a la libre competencia y que mal podrían considerarse inaplicables per se a las empresas que explotan el mercado de la salud, tal como se esfuerza en presentarlo el demandante para sustentar la inexistencia del contenido mínimo legal necesario para el desarrollo de la potestad reglamentaria. Si bien es cierto que en el sector salud las tarifas y condiciones cuantitativas y cualitativas de prestación del servicio están previstas en la ley y que en ese sentido los actores del sistema no podrían afectar directamente esos aspectos del mercado -partiendo del supuesto de que actuarían siempre con sujeción a ese mínimo legal-, ello no significa que se puedan descartar de entrada otras formas de abuso de posición dominante (frente a los usuarios o a terceros) o de actos o acuerdos contrarios a la libre competencia que es legítimo no sólo controlar sino evitar (art. 333 C.P.). Basta revisar el catálogo de actos y acuerdos que estas normas legales han definido de manera general como de abuso de posición dominante95 o contrarios a la libre competencia96, para concluir que en ellas existen contenidos legales suficientes sobre los cuales podría actuar la potestad reglamentaria demandada, de acuerdo con las particularidades que el sistema de seguridad social en salud puede presentar frente a una actividad económica cualquiera.

Por otra, la aplicación de mecanismos que aseguren la libre competencia en el servicio de salud también tiene referentes normativos en la Ley 100 de 1993, que aún antes de la expedición de la Ley 1122 de 2007, ya establecían la prohibición de los actos contrarios a la libre competencia y al abuso de posición dominante. Así, el parágrafo 2º del artículo 183 de la Ley 100 dispone que “Están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”97. Así mismo, el inciso 2º del artículo 185 ibídem, establece que las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia y que “propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema”, de manera que “Están prohibidos todos los acuerdos o convenios

entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud". En la misma forma, al referirse a la información que deben suministrar las EPS a la entidad de supervisión se advierte nuevamente que se exigirá la publicación de la información que se estime necesaria para garantizar "la competencia y transparencia necesarias" en el sistema (art.225). También se prohíben los actos de selección adversa de usuarios y se ordena reglamentar la fusión y adquisición de EPS e IPS (art.230).

En este orden, revisado el aparte demandado dentro del contexto normativo al cual se integra, se encuentra que la decisión política de prohibir los actos de abuso de posición dominante y los actos y acuerdos contrarios a la libre competencia, incluso en el sector salud, corresponde a decisiones legales previas que no resultan trasladadas a la potestad reglamentaria, a la que solamente se le ha dejado el espacio necesario para "reglamentar las condiciones de competencia" en el sistema general de seguridad social en salud, por lo tanto el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar.

6. 4. El examen de constitucionalidad del parágrafo del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

El quinto y último problema que presenta el demandante se relaciona con el parágrafo del artículo 15 en cuestión, por un posible desconocimiento del principio de reserva de ley (arts. 150, 189-11 y 333), del debido proceso (art.29) y del principio de legalidad (arts. 29 y 84), al haber consagrado un deber para las EPS del régimen contributivo de garantizar la integración a sus redes de las Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público, pero sin establecer con exactitud en qué condiciones y cómo se entiende cumplida esa obligación. Surge entonces el interrogante de si el parágrafo en cuestión contiene un mandato de optimización que se integra a los principios generales del sistema de seguridad social en salud -como sostienen algunos intervinientes- o si, como dice el actor, constituye una regla jurídica a partir de la cual nace un deber jurídico sancionable en caso de incumplimiento, que al no haber establecido con exactitud todos los elementos para su aplicación desconocería el principio de legalidad de la sanción administrativa (reserva de ley y tipicidad) y el debido proceso.

Para la Corte, el cargo no está llamado a prosperar, pues el actor le otorga a la disposición acusada un alcance que no tiene. En efecto, la Sala considera que el parágrafo en cuestión contiene un mandato de optimización que se integra a los principios generales del sistema de seguridad social en salud y que como tal no requiere tener los elementos propios de una medida sancionatoria. Se trata así, de una norma-principio98, como muchas otras contenidas en la Ley 100 de 199399, que orienta la actividad que desarrollan los actores del sistema de salud, en especial las EPS del régimen contributivo, en orden a que las IPS públicas queden integradas al sistema de salud.

Por eso, más allá de un simple problema de legalidad en materia sancionatoria, como lo plantea el actor, el cumplimiento del mandato contenido en el parágrafo del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 se relaciona con la legitimidad de la actividad de las EPS y la

responsabilidad social que como empresas les corresponde dentro del sistema de seguridad social en salud y que se extiende más allá de los simples deberes legales que se cumplen o no so pena de una sanción administrativa.

En este orden de ideas, le corresponderá al Presidente de la República, en ejercicio de sus competencias constitucionales de vigilancia y control en los servicios públicos (art. 189-22 de la C. P.), garantizar que las EPS del régimen contributivo le acuerden el mayor grado de cumplimiento posible del principio sentado en el parágrafo final del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, so pena de incurrir en las correspondientes sanciones.

Por tanto, la Corte no observa que el legislador haya violado el principio de legalidad en materia sancionatoria, ni la reserva de ley o el debido proceso.

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.- Declarar exequible, por los cargos analizados, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia.

Segundo.- Declarar exequible el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2005, en el entendido de que dicho plazo comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud, ésta le notifique a la EPS respectiva, que debe ajustar su integración vertical al 30%.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado

AUSENTE EN COMISIÓN

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Magistrado

CON ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

IMPEDIMENTO ACEPTADO

MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-1041 de 2007

Referencia: expediente D-6806

Referencia: D-6756

Demanda de inconstitucionalidad el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Salud y se dictan otras disposiciones”

Actor: Luis Eduardo Montealegre Lynett

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.100 Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos – que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial – son separables, como lo demuestra el derecho comparado.101 O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrá, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.102 En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en el 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC103. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o

disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no esta de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 1953104. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: "Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad." (Canon 19, parágrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warrem trabajó arduamente para conseguir que la sentencia Brown v. Board of Education – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.105

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendel Holmes – denominado el gran disidente – sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que "esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo". Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad,

tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando – más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto – decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Indica que en Colombia el control directo de la prestación, por medio de la definición de una puerta de entrada, ha tenido efectos favorables en el resultado final de salud de los afiliados al Régimen Contributivo así como en la eficiencia en el uso de los recursos del sistema. “Esto genera un mayor beneficio a la sociedad en tanto esta puede dedicar estos recursos para ampliar la cobertura poblacional alcanzando la universalidad de la afiliación o para ampliar la cobertura de contenidos del Plan”.

Señala que por la continuidad de la atención por parte de las IPS de cabecera que prestan la atención primaria en salud, así como por el médico general, se evita la repetición de exámenes de diagnóstico, consultas o procedimientos alcanzando la eficiencia. “Así mismo, la integración de los sistemas de información permite que se conozcan y compartan los datos acerca de los riesgos y atenciones a los afiliados de una manera más completa y oportuna, permitiendo un mayor seguimiento y evitando complicaciones en salud”.

2 Presenta una tabla comparativa y sostiene que el 37% de las atenciones de alto costo realizadas en una red interna podrían alcanzar para el sistema un ahorro de $ 57.722 millones de pesos al año, que se pierden al limitar la integración vertical. Esta cifra equivale a 142.801 nuevas afiliaciones al régimen contributivo.

3 Hace relación al estudio de la Defensoría del Pueblo del 2004, donde se muestra que el 84% de los usuarios accedieron a servicios de salud a través de tutela entre los años 1999 y 2003; y a una encuesta realizada a personal de las EPS en el 2001, en la que se concluye que “las políticas de contención de gastos de las EPS han afectado al 76% de los pacientes; las EPS le exigen al cuerpo médico límites en la cantidad de exámenes (según el 80% de los encuestados), en la prescripción de medicamentos del POS (76%), un tope mínimo de pacientes al día (58%), y un límite en la autorización de cirugías (39%).

4 Cita el estudio “Evaluación de los servicios de salud que brindan las EPS” de la Defensoría del Pueblo y señala que se puede consultar en la página web de dicha entidad.

5 Así por ejemplo el artículo 44 establece el carácter de derecho fundamental autónomo de la salud cuando la titularidad se predica de niños y niñas; el artículo 50 señala el derecho de

los niños menores de un año, no cubiertos por ningún tipo de protección o seguridad social a recibir atención en salud por parte de las instituciones que reciban aportes estatales; el artículo 52 consigna que el ejercicio del deporte tiene como función "preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano", el artículo 64 fija como deber estatal promover el acceso de los trabajadores agrarios al servicio de salud; el artículo 78 establece la responsabilidad de quienes en la producción de bienes atenten contra la salud de los consumidores, el artículo 336 establece la destinación exclusiva de las monopolios rentísticos de los juegos de suerte y la destinación preferente de las rentas obtenidas del monopolio rentístico en materia de licores al servicio de salud. Finalmente los artículos 356 y siguientes establecen distintas reglas sobre la financiación del servicio de salud de las entidades territoriales mediante los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones.

6 Como señala la doctrina resulta más apropiado referirse al derecho a la protección o a la tutela de la salud que utilizar la denominación de derecho a la salud, por tratarse la salud de un bien natural, un estado de existencia –según la definición de la OMS "un completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad y dolencias"- sobre el cual no se puede tener derecho.

7 El reconocimiento del carácter prestacional del derecho a la salud nada dice sobre la naturaleza iusfundamental de este derecho, al respecto cabe señalar que actualmente coexisten distintas líneas argumentativas al interior de la jurisprudencia de esta Corporación sobre la naturaleza del derecho a la salud, algunas de las cuales destacan su carácter de derecho fundamental bien sea por conexidad con otros derechos per se fundamentales (tales como la vida, la integridad personal o a dignidad humana, ver sentencias T-592, T-946 de 2007), bien sea respecto de ciertas prestaciones (las definidas legal o reglamentariamente, ver sentencias T-859 y T-860 de 2003) o respecto de ciertos sujetos (los niños por mandato expreso del artículo 44 constitucional u otros sujetos de especial protección como las personas de la tercera edad (ver sentencias T-1019 de 2006, T-592 de 2007), o que incluso afirman su carácter de derecho fundamental autónomo. Reveladora de esta última postura es la sentencia T-016 de 2007 en la cual se sostiene:

"11.- Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse prima facie por vía de tutela. Su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho

a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud – supuestamente no fundamental – con el derecho a la vida u otro derecho fundamental – supuestamente no prestacional-.

12.- Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional7 y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho

(…)

13.- Puede decirse, por consiguiente, que las restricciones de tipo presupuestario, las cuales no sin frecuencia se conectan con la puesta en práctica de los derechos fundamentales, suponen que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y reglamentarias, para hacer viable la eficacia de estos derechos. En otros términos, existen derechos cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otros derechos y depende de fuertes erogaciones económicas. Estos derechos, no obstante, no pierden por mediar ese desarrollo político, reglamentario y técnico su carácter fundamental.

La fundamentalidad de los derechos cuyo contenido es acentuadamente prestacional, tal como sucede con el derecho a la salud, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de personas colocadas en situación evidente de indefensión. La falta de capacidad económica, el estado de indigencia, el alto riesgo de ver afectadas las personas la posibilidad de vivir una vida digna, son circunstancias que han de ser consideradas por los jueces para determinar la procedencia de la tutela en caso de omisión legislativa y administrativa pues se trata de derechos fundamentales”.

8 Así lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación respecto de la denominada Constitución económica en general y respecto del régimen de los servicios públicos en particular, ver entre otras las sentencias C-040 de 1993, C-398 de 1995 y la C-713 de 1998,

en materia de servicios públicos domiciliarios puede consultarse las sentencias C-150 de 2003 y la C-075 de 2006.

9 Sentencia T-406 de 1992.

10 En la sentencia C-150 de 2003 se sostuvo que entre distintas manifestaciones del principio del estado social de derecho se contaban, por ejemplo "(…) los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (art. 13 inc. segundo de la C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 inc. tercero de la C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (arts. 43 a 49 de la C.P.); apoyar a los desempleados (art. 54 de la C.P.) y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (art. 334, inc. segundo de la C.P.); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación al gasto social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales (art. 366 de la C.P.). La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado social de derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas. Por la concepción material de la igualdad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades insatisfechas que el Estado debe prioritariamente atender".

11 Así el artículo 365 constitucional señala claramente que podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente.

12 Así la Ley 472 de 1998 señala en su artículo 4º dos derechos colectivos relacionados con los servicios públicos como son, por una parte, el derecho de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública (literal h) y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna (literal j), sin hacer mención a otros derechos enunciados por la misma disposición que guardan relación con la materia como por ejemplo os derechos de los consumidores y usuarios.

13 Doctrinalmente se ha construido teorías de los derechos a partir del concepto de necesidades según las cuáles los primeros serían la materialización jurídica de las segundas, en esa medida se ha considerado que las necesidades son el fundamento de los derechos, pues las necesidades se convierten en razones para el reconocimiento de derechos abstractos. Ver Rodolfo Arango, El concepto de derechos sociales fundamentales, Bogotá, Universidad Nacional, 2005 pag. 293 y s.s.

14 Concepto introducido en el constitucionalismo contemporáneo por Forsthoff el cual define una nueva forma de relación entre el individuo y el Estado basada en el concepto de participación del individuo en las prestaciones del Estado, participación a la cual se le otorga

la protección del derecho público mediante la procura existencial, sin embargo, esto no predetermina las formas jurídicas mediante las cuales el Estado ejercerá estas funciones pues su ejercicio puede corresponder a formas jurídico-privadas las cuales sin embargo deben gozar de una especial protección de derecho público y corresponde al Estado delimitar el contenido material de la prestación. Ver Nuria Magaldi, Procura existencial, Estado de derecho y Estado social, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 48, p. 73 s.s.

15 Ver por ejemplo las sentencias T-592 y T-946 de 2007.

16 Esta línea argumentativa se inicia en las sentencia T-859 y T-860 de 2003.

17 En la jurisprudencia reciente de esta Corporación defienden esta postura las sentencias T-1019 de 2006 y T-592 de 2007.

18En la sentencia C- 616 de 2001 se sostuvo:

“Dentro del marco constitucional el Legislador puede recurrir a distintos modelos o diseños para concretar estos derechos prestacionales en un determinado sistema de seguridad social. La Constitución no opta por un sistema de salud y seguridad social de carácter estrictamente público, ni por un sistema puramente privado, cuando, en su artículo 48, señala que la seguridad social puede ser prestada “por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”.

“Las cláusulas de la Constitución que establecen el deber del Estado de proporcionar a los ciudadanos un servicio eficiente de salud, son normas abiertas que permiten distintos desarrollos por parte del legislador, en razón al pluralismo político y al libre juego democrático que caracteriza el Estado constitucional de derecho. El Estado puede optar por distintos sistemas o modelos de seguridad social en salud, lo que corresponde a la órbita propia de la valoración política del legislador, y mientras se respete el núcleo esencial de las libertades públicas y de los derechos fundamentales y se funden en un principio de razón suficiente, dichas opciones son legítimas y no son susceptibles de eliminarse del ordenamiento jurídico por la vía de la inconstitucionalidad.”

19 Ibidem.

21 Ibidem.

22 Sentencia C-150 de 2003.

23 Sentencia C- 615 de 2002.

24 Sentencia C- 615 de 2002.

25 Sentencia C-516 de 2004.

26 Entre muchas otras, sentencias C- 524 de 1995; C- 815 de 2001; C- 870 de 2003 y C- 992 de 2006.

27 Sentencia C- 616 de 2001.

28 Sentencia C- 815 de 2001.

29 Sentencia C- 616 de 2001.

30 Sentencia C- 870 de 2003.

31 Sentencia T- 021 de 2005.

32 Sentencia C- 392 de 2007.

33 Sentencia C-176 de 1996.

34 Que tiene fundamento en el artículo 365 de la C. P. Ver entre otras la sentencia C-579/99.

35 Cuya justificación es el artículo 49 de la Carta, ver por ejemplo la sentencia C-176/96.

36 Con base en el artículo 77 de la Carta. Ver la sentencia C-333/99.

37 Que tiene por fundamento el artículo 335 de la Carta, en este sentido la C-332/00.

38 La Corte Constitucional ha considerado que el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa al momento de establecer modelos o diseños para materializar el derecho constitucional a la seguridad social en salud y pensiones. Así, el juez constitucional en sentencia C- 155 de 1997 precisó las amplias competencias de que dispone el legislador en materia de seguridad social en salud, en los siguientes términos: "De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Carta Política, corresponde al legislador definir y desarrollar el derecho irrenunciable a la seguridad social como 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 consecuencia, corresponde a la ley: a) establecer los términos en que el Estado prestará el servicio público de la seguridad social; b) determinar la forma de prestación de los servicios de la seguridad social por parte del Estado, con la participación de los particulares; c) Definir la forma de prestación de la seguridad social por entidades públicas o privadas y d) definir los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante" (negrillas agregadas). La jurisprudencia posterior ha desarrollado ampliamente la tesis del amplio margen de configuración del Legislador en materia del servicio público de atención de la salud, al respecto pueden consultarse las sentencias C- 1489 de 2000, C- 616 de 2001, C-615 de 2002, C-516 de 2004, C-623 del mimo año y C-392 de 2007.

39 Coase, R. H. (1937). "The Nature of Firm", Económica, No. 4, pp. 386-405.

40 S. Simoens and A. Scott, "Towards a definition and taxonomy of integration in primary care?", HERU Discusion paper 03, 1999.

41 Jorge Humberto Restrepo, John Fernando Lopera, Sandra Milena Rodríguez. "Integración vertical en el sistema de salud colombiano: Aproximaciones empíricas y análisis de doble

marginalización", Borradores del CIE, mayo de 2006, p. 7.

42 Restrepo, Lopera, Rodríguez, loc. cit, p. 9.

43 La estructura de la Ley 1122 de 2007 refleja esta separación al regular en capítulos separados el aseguramiento (capítulo IV) de la prestación del servicio (capítulo V).

45 Cfr. Restrepo, Lopera, Rodríguez, loc. cit, p. 12.

46 En el texto del "PROYECTO DE LEY NUMERO 002 DE 2006 CAMARA por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", presentado por el Ministerio de Protección Social el 20 de julio de 2006, texto publicado en la Gaceta del Congreso núm. 249 de 2006, el Gobierno Nacional aludía a la necesidad de controlar el fenómeno de la integración vertical entre las EPS y sus IPS, en los siguientes términos: "Por otra parte se hace necesario que el Ministerio de Protección Social pueda reglamentar en corto plazo los aspectos relativos al control de la integración vertical patrimonial de las EPS-IPS, y los eventuales riesgos de abuso de posición dominante en el sector."

En igual sentido, y ese mismo día, Dilian Francisca Toro Torres, Senadora de la República; Sandra Rocío Ceballos Arévalo y Eduardo Benítez Maldonado, Representantes a la Cámara, presentaron el texto del "PROYECTO DE LEY 001 DE 2006 CÀMARA por medio de la cual se reforma la Ley 100 de 1993 en materia de salud. Proyecto: por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 48, 49, 356 y 357 de la Constitución Política", el cual aparece publicado en la Gaceta del Congreso núm. 249 de 2006, proponiendo la adopción del siguiente artículo:

"Artículo 4º. Regulación de la integración vertical patrimonial. El Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud reglamentarán las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante de cualquiera de los actores del sistema de salud y así mismo, establecerán medidas para limitar la Integración vertical de las EPS, que en cualquier caso no será mayor del 50% del valor del gasto en salud; reglamentación que se expedirá en un término máximo de tres meses. (negrillas agregadas).

Siempre que se presente contratación entre la EPS y la red propia esta no podrá hacerse superando las tarifas mínimas establecidas por el Gobierno.

En el texto de la exposición de motivos, los autores del proyecto de ley criticaban los desarrollos que ha conocido la integración vertical en el sector salud, en los siguientes términos:"También ha tenido un auge muy grande el fenómeno de la integración vertical que permite a las Empresas Administradoras de Planes de Beneficios prestar directamente los servicios duplicando la oferta de la prestación a pesar de que ya existe una red muy amplia de servicios, coadyuvando a la crisis de las IPS existentes" (negrillas agregadas).

Agregan más adelante: "El proyecto de ley también atiende el problema de la integración vertical cuando limita el valor de los servicios prestados en la red propia de las aseguradoras

hasta un máximo del 50% del gasto en salud. Seguidamente se da al Gobierno un plazo de tres meses para establecer las medidas que impidan el abuso de posición dominante por parte de cualquier actor del sistema. Las medidas expuestas se complementan con la garantía de la libre elección de la IPS" (negrillas agregadas).

En igual sentido, en el PROYECTO DE LEY 20 DE 2006 SENADO, por la cual se hacen modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud", radicado igualmente el 20 de julio de 2006 y publicado en la Gaceta del Congreso núm. 245 de 2006 se critica duramente el esquema de integración vertical en los siguientes términos:"A los problemas anteriores se suma la falta de regulaciones precisas al crecimiento indiscriminado de la oferta de servicios especialmente de infraestructura tanto desde el sector público como desde el sector privado. El fenómeno de la "integración vertical" que permite a las EPS y ARS prestar directamente los servicios, no fue utilizada para ofrecer instalaciones y facilidades a los usuarios en sitios sin existencia de oferta sino que se dedicaron a la creación de gran número de instituciones en centros urbanos bien equipados con instituciones prestadoras de servicios, lo cual ha derivado en duplicidad de recursos y ha coadyuvado a la crisis de la oferta ya existente" (negrillas agregadas).

47 Las críticas al sistema de integración vertical aparecen consignadas en el texto de la "PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 040 DE 2006 SENADO, 02 DE 2006 CÁMARA", publicado en la Gaceta del Congreso núm. 510 de 2006, en los siguientes términos: "El segundo aspecto relevante para el análisis de este Régimen, se refiere al desarrollo de infraestructura para la prestación de servicios, es decir, la construcción de instalaciones propias de las EPS. Este fenómeno ha significado un creciente proceso de integración vertical entre administradores y prestadores, generándose economías de escala y posiciones dominantes en el mercado, que resultan ampliamente benéficas para los propietarios de las mismas, pero que no se traducen en beneficios para la población. Esta integración ha sido facilitada por la inexistencia de regulaciones sobre la inversión de recursos provenientes de las UPC compensadas en la construcción de la Red. Adicionalmente, las EPS han empezado a migrar sus capitales, hacia la creación de Universidades, con lo cual se profundiza la problemática de la integración vertical, ahora combinada con la formación del talento humano del sector salud.

A lo anterior se suma que las EPS han buscado optimizar sus utilidades en detrimento de la calidad de la atención ofrecida, al racionar los servicios mediante la definición de techos máximos de formulación de medicamentos, limitando la remisión a niveles superiores de complejidad y la toma de ayudas diagnósticas, al igual que contratando a las IPS en condiciones de desventaja y retrasándoles los pagos. Esto último repercute sobre las condiciones laborales y el ejercicio profesional del personal directamente involucrado en la prestación del servicio, quien ve constreñida su autonomía en el ejercicio profesional y por esa vía el sistema lo obliga a violar el juramento hipocrático" (negrillas y subrayados agregados).

Luego en el "TEXTO DEFINITIVO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE EN SESIONES CONJUNTAS SEPTIMAS DE SENADO Y CAMARA AL PROYECTO DE LEY NUMERO 02 de 2006 CAMARA, 40 DE 2006 SENADO", publicado en la Gaceta del Congreso núm. 485 de 2006, se propuso el siguiente articulado en relación con la integración vertical de las EPS con sus IPS:

“Artículo 10. Regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante. Las EPS no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 50% del valor del gasto en salud. El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés, de cualquiera de los actores del sistema de salud” (negrillas agregadas).

Las críticas en relación con el modelo adoptado en la Ley 100 de 1993 de integración vertical entre las EPS y sus IPS, y la necesaria distinción entre las labores de aseguramiento y prestación del servicio, quedaron evidenciadas de manera diáfana en el texto del “PLIEGO DE MODIFICACIONES Y TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE”, publicado en la Gaceta del Congreso núm. 568 de 2006:

“En relación con la integración vertical, creemos sano defender la separación de funciones en el Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal forma que los mismos intereses económicos no manejen el aseguramiento, la prestación, la provisión de recursos humanos o la provisión de suministros, de modo que los aseguradores garanticen la defensa de los usuarios frente a sus dificultades con la calidad de la prestación, controlen la calidad y manejen el riesgo. Para ello no basta una separación jurídica de las IPS que son propiedad de las EPS, sino que es necesaria una separación de intereses económicos en un plazo prudencial” (negrillas y subrayados agregados).

48 Entre muchas otras, ver sentencias C-333 de 1994; C-265 de 1995; C-445 de 1995; C-613 de 1996; C-197 de 1997; C-507 de 1997; C-584 de 1997; C-183 de 1998; C-318 de 1998; C-539 de 1999; C-112 de 2000; C-093 de 2001.

49 Ver, entre otras, las siguientes sentencias C-404 de 2001; C-505 de 2001; C-048 de 2001; C-579 de 2001; C-540 de 2001; C-199 de 2001.

50 Ver sentencia C-265 de 1994.

51 Más recientemente, la Corte en sentencia C- 392 de 2007 consideró que “Esta Corporación ha desarrollado una significativa línea jurisprudencial en el sentido que en materia económica el legislador tiene un amplio margen de configuración, y correlativamente no opera un control de constitucionalidad estricto, debido a que la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado”. (negrillas agregadas).

52 en sentencia C- 616 de 2001, referente al examen de unos cargos de inconstitucionalidad dirigidos contra unas disposiciones de la Ley 100 de 1993 que permitían a las EPS contratar con sus propias IPS, es decir, una tema directamente relacionado con aquel que la Corte examina en el presente caso, esta Corporación, luego de reconocer que, en materia del servicio público de salud “la intervención del Estado es intensa y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica (CP arts 150 ord. 21, 333 y 334), sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (CP art. 26) la intervención del Estado en los servicios públicos en general (CP art. 365) y la atención de la salud en particular (CP arts. 48, 49)”, adelantó un test débil, y no intenso, de razonabilidad

sobre la medida, como el propuesto por el demandante.

53 Tal y como se afirmó en sentencia C-673 de 2001 “El principio democrático (art. 1 C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional”.

54 Ver las sentencia C-616 de 2001 y C-615 de 2002.

55 Sentencia C-265 de 1994. En el mismo sentido sentencia C-445 de 1995.

56 Sentencia C-392 de 2007.

57 Ver al respecto, Centro de Investigaciones Económicas de la Universidad de Antioquia, Integración vertical en el sistema de salud colombiano: aproximaciones empíricas y análisis de doble marginalización, Medellín, 2006.

58 Ibídem.

59 E. Archila, “Intervención del Estado en la oferta de servicios de salud y posibilidad de restringir la integración vertical”, Informe Final, 2006.

60 Ramón Abel Cataño Yepes, Integración vertical entre las Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, Universidad Javeriana, 2004.

61 Contraloría General de la República, Análisis sectorial y de políticas públicas, abril, 2005.

62 Departamento Nacional de Planeación, “Análisis de eficiencia técnica de la red pública de prestadores de servicios dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Diciembre, 2005.

63 Departamento Nacional de Planeación, “Análisis de eficiencia técnica de la red pública de prestadores de servicios dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Diciembre, 2005.

64 En tal sentido, la Corte en sentencia C- 837 de 2001 consideró lo siguiente: “Cosa distinta ocurre con las Empresas Prestadoras del Servicio de Salud a que alude el artículo 14 de la Ley 617, cuya finalidad prioritaria no es la de reportar utilidades económicas sino beneficio social. Su función está directamente vinculada al cumplimiento de los fines esenciales y de las obligaciones sociales del Estado, en el marco general del Estado social de derecho (C.P., arts. 1, 2 y 49). Además de no estar comprendidas en las actividades señaladas en el artículo 336 de la Constitución, por la naturaleza de su actividad, los criterios para determinar su eficiencia no pueden ser exclusivamente de carácter económico ni de rentabilidad financiera” (negrillas añadidas).

65 Sentencia C-559 de 2004.

66 Así por ejemplo, en sentencia T- 573 de 2005 la Corte estimó que:“el principio de eficiencia no solamente tiene que ver con la eficacia y la adecuada atención, sino con la continuidad en la prestación del servicio (SU.562/99). Esto es particularmente importante tratándose de la salud. Se debe destacar que la eficiencia debe ser una característica de la gestión. La gestión implica una relación entre el sistema de seguridad social y sus beneficiarios. La gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social frente al entramado normativo para que el beneficiario no quede aprisionado en un laberinto burocrático” (negrillas agregadas).

67 En tal sentido, Williamson siguiendo los postulados clásicos de Coase, planteó que una empresa era, en realidad un cúmulo de contratos, siendo por tanto uno los objetivos a alcanzar, aquel de reducir los costos vinculados con la contratación, siendo más eficiente llevarlos a cabo al interior de la misma empresa. Ver O. Williamson, “The economic analysis of institutions and organizations. In general and with respect to country studies”, Working paper, núm. 133, 1993.

68 El numeral 7 del artículo 7 de la Ley 1122 atribuye a la Comisión de Regulación en Salud la función de establecer un sistema de tarifas y un manual de tarifas mínimas de los servicios en salud. Esta disposición fue declara exequible en la sentencia C-955 de 2007 en el entendido que legislador no autorizó a la Comisión de Regulación en Salud para fijar la tarifa de la tasa por la prestación de los servicios de salud a los usuarios, sino a establecer un sistema tarifario relativo a los pagos que las administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud deben hacer a las instituciones que prestan servicios de salud, y relativo a los honorarios de los profesionales de la salud.

69 El artículo 146 de la Ley 1151 de 2007 consigna textualmente:

ARTÍCULO 146. El Gobierno Nacional establecerá un manual de tarifas mínimas de obligatoria aplicación para las empresas administradoras de planes de beneficios y los prestadores de servicios de salud públicos y privados, para la compra y venta de actividades, intervenciones, procedimientos en salud y servicios hospitalarios, contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado.

PARÁGRAFO. Las tarifas mínimas serán fijadas en salarios mínimos diarios vigentes, y deberán ser expedidas a más tardar a los 6 meses de expedida la presente ley.

70 Corresponde a la definición del principio de universalidad tanto en la Ley 100 de 1993 (art.2º) como en el Decreto 1795 de 2000 (art.6º), que regula el régimen especial de las Fuerzas Militares.

71 Sentencia T-247 de 2005.

72 Ibidem.

73 En el Informe de ponencia para segundo debate en la Cámara al Proyecto de Ley 02 de 2006 Cámara, 040 de 2006 Senado, publicado en la Gaceta del Congreso N° 562 del 23 de noviembre de 2006, se consigna:

“Propuesta para el desarrollo de la prestación de servicios de salud

“Con el fin de regular la prestación de los servicios de salud el proyecto propone.

“Garantizar a los afiliados la posibilidad de escoger libremente entre las diferentes opciones de IPS existentes en la red ofrecida por la aseguradora en su área de influencia.

“Cambiar de aseguradora cuando el usuario vea menoscabado su derecho a la libre escogencia de IPS o que se haya afiliado con la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores y esta no sea cierta” (negrillas añadidas).

74 El parágrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 señala “Se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias en cualquier IPS del país. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato. El incumplimiento de esta disposición, será sancionado por la Superintendencia Nacional de Salud con multas, por una sola vez o sucesivas, hasta de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) por cada multa, y en caso de reincidencia podrá conllevar hasta la pérdida o cancelación del registro o certificado de la institución.”

75 J. P. Müller. Vertrauesnsschutz im Völkerrecht, Berlin, 1971, citado por Silvia Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, París, Ed. Dalloz, 2002, p. 567.

76 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 17 de diciembre de 1992, asunto Holtbecker, en J. Boulouis y M. Chevallier, Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, París, Dalloz, 1993, p. 77. En este fallo el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima se definía como la situación en la cual se encuentra un ciudadano al cual la administración comunitaria, con su comportamiento, le había creado unas esperanzas fundadas de que una determinada situación jurídica o regulación no sería objeto de modificación alguna.

77 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 8 de junio de 1977, asunto Merkur. en J. Boulouis y M. Chevallier, Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, París, Dalloz, 1993, p. 218. En esta sentencia el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima podía llegar a ser vulnerado por la Comunidad Europea debido a la supresión o modificación con efectos inmediatos, en ausencia de unas medidas transitorias adecuadas y sin que se estuviera ante la salvaguarda de un interés general perentorio.

78 Jesús González Pérez, El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Madrid, Edit. Civitas, 1989, p. 60.

79 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 15 de julio de 1981, asunto Edeka en J. Boulouis y M. Chevallier, Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, París, Dalloz, 1993, p. 77. En este fallo, el TJCE consideró que “ las instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación en cuanto a los medios para la realización de su política económica; los operadores económicos no pueden justificar una posición de confianza legítima en el mantenimiento de una situación existente que

puede ser modificada por esas instituciones en el marco de sus poderes de apreciación".

80 Corte Constitucional, sentencia C- 478 de 1998.

81 Sentencia T-617 de 1995.

82 Sentencia T-617 de 1995.

83 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001.

84 Sentencia C-007 de 2002.

85 Para ilustrar este aserto resulta pertinente traer a colación, el siguiente extracto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en asunto de los contratos de larga duración existentes antes de la liberalización del mercado, proferido el 7 de junio de 2005, en el cual se indicó lo siguiente:

"Según jurisprudencia reiterada, puede invocar el principio de protección de la confianza legítima todo operador económico en relación con el cual una institución haya generado esperanzas fundadas. No obstante, cuando un operador económico prudente y diligente está en condiciones de prever la adopción de una medida comunitaria que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si dicha medida se adopta (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Atlanta/Comunidad Europea, apartado 52, y Di Leonardo y Dilexport, apartado 70)" (negrillas agregadas).

En igual sentido, y más recientemente, el TJCE, en el asunto de la importación de bromuro de metilo en la Unión Europea, fallado el 22 de mayo de 2007, indicó que:

"Es preciso señalar que, como alega la Comisión, de la jurisprudencia se desprende que un operador económico prudente y avisado que esté en condiciones de prever la adopción de una medida comunitaria perjudicial para sus intereses no puede acogerse al principio de protección de la confianza legítima cuando dicha medida se adopta (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión, C-182/03 y C-217/03, Rec. p. I-5479, apartado 147, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de octubre de 1996, Efisol/Comisión, T-336/94, Rec. p. II-1343, apartado 31). A este respecto, es necesario recordar que la demandante es uno de los ocho únicos importadores con derecho a importar bromuro de metilo en la Comunidad hasta 2004, y que cualquier cambio del régimen aplicable al bromuro de metilo reviste gran importancia económica para sus actividades de importación. Dadas estas circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia considera que una empresa diligente en la situación de la demandante hubiera debido solicitar información específica sobre las modificaciones que se avecinaban. A este respecto, procede recordar que la demandante ha reconocido que preveía cambios en el régimen aplicable al bromuro de metilo a partir del 1 de enero de 2005, con arreglo a los artículos 3 y 4 del Reglamento" (negrillas agregadas).

86 Según el texto de la "PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 040 DE 2006 SENADO, 02 DE 2006 CÁMARA", publicada en la Gaceta del Congreso núm. 510 de 2006, fueron acumulados los siguientes proyectos "ARTICULADO PROPUESTO, PROYECTOS ACUMULADOS 01 DE 2006, 20 DE 2006, 26 DE 2006, 38 DE 2006, 67 DE 2006, 116 DE 2006,

122 DE 2006, 128 DE 2006, 143 DE 2006, SENADO Y 01 DE 2006, 18 DE 2006, 84 DE 2006, 130 DE 2006, 137 DE 2006, 140 DE 2006, 141 DE 2006 CAMARA".

87 En efecto, esta Corporación ha desarrollado una extensa jurisprudencia respecto de la confianza legítima con ocasión de la protección de los vendedores informales frente a políticas de recuperación del espacio público adelantadas por las autoridades municipales. La SU-360 de 1999 señala: "De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse". En todo caso la misma jurisprudencia también ha previsto que la aplicación del principio de confianza legítima no es óbice para que la administración adelante programas que modifiquen tales expectativas favorables, pero en ese evento no "puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular" (sentencia SU-360 de 1999). En ese sentido, para que pueda concluirse que se está ante un escenario en el que resulte aplicable el principio en comento deberá acreditarse que (i) exista la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público, lo que para el caso propuesto se acredita a partir de la obligación estatal de proteger la integridad del espacio público y los derechos constitucionales que son anejos a su preservación; (ii) la desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre administración y los ciudadanos, la cual es connatural a los procedimientos de restitución del espacio público ocupado por vendedores informales; (iii) se trate de comerciantes informales que hayan ejercido esa actividad con anterioridad a la decisión de la administración de recuperar el espacio público por ellos ocupado y que dicha ocupación haya sido consentida por las autoridades correspondientes y (iii) la obligación de adoptar medidas por un periodo transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad, deber que la jurisprudencia constitucional relaciona con el diseño e implementación de políticas razonables, dirigidas al otorgamiento de alternativas económicas que garanticen la subsistencia de los afectados con las medidas de restitución del espacio público.

88 La ley 1122 de 2005 en su artículo 35 define que ha de entenderse por inspección vigilancia y control en los siguientes términos:

Artículo 35. Definiciones. Para efectos del presente capítulo de la ley, se adoptan las siguientes definiciones:

A. Inspección: La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.

Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento

de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.

B. Vigilancia: La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.

C. Control: El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financier a, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión.

Igualmente la Ley 11122 de 2007 crea el Sistema de inspección, vigilancia y control (artículo 36) y define los ejes del mismo en los cuales ejercerá su competencia la Superintendencia Nacional de Salud (art. 37). El artículo 39 señala los objetivos de la Superintendencia Nacional de salud en los siguientes términos:

Artículo 39. Objetivos de la Superintendencia Nacional de Salud. La Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus atribuciones de inspección, vigilancia y control, desarrollará, además de los señalados en otras disposiciones, los siguientes objetivos:

a) Fijar las políticas de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

b) Exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud;

c) Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo;

d) Proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, individual y colectiva, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud;

f) Velar por la eficiencia en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud;

g) Evitar que se produzca el abuso de la posición dominante dentro de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

h) Promover la participación ciudadana y establecer mecanismos de rendición de cuentas a la comunidad, que deberá efectuarse por lo menos una vez al año, por parte de los actores del Sistema.

Finalmente el artículo 40 establece las siguientes facultades y funciones a cargo de a entidad entre las que se destacan las siguientes:

“a) Adelantar funciones de inspección, vigilancia y control al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, y demás actores del sistema, incluidos los regímenes especiales y exceptuados contemplados en la Ley 100 de 1993;

(…)

c) Con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, señalará los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias que deba surtir, respetando los derechos del debido proceso, defensa, o contradicción y doble instancia;

(…)

e) Ejercer la competencia preferente de la inspección, vigilancia y control frente a sus vigilados, en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los demás órganos que ejercen inspección, vigilancia y control dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizando el ejercicio de la ética profesional, la adecuada relación médico paciente y el respeto de los actores del sistema por la dignidad de los pacientes y de los profesionales de la salud;

f) Sancionar en el ámbito de su competencia y denunciar ante las instancias competentes las posibles irregularidades que se puedan estar cometiendo en el Sistema General de Seguridad Social de Salud;

(…)

89 Por ello, esta Corporación, en sentencia C-805 de 2001, señaló que sin desconocer la exigencia de una ley previa como presupuesto necesario para el ejercicio de la potestad reglamentaria, ésta es un derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República, que no requiere para su ejercicio de autorización o mandato legal:

“La potestad reglamentaria, o el poder reglamentario, es un derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República como autoridad administrativa, para dictar las normas de carácter general que son necesarias para la correcta ejecución de la ley. Por consiguiente, esta atribución no necesita de norma legal expresa que la conceda, pero su ejercicio se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos.

Ahora bien, la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley. Sin embargo, esta facultad no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la Ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador”.

90 Sentencia C-894 de 2006.

91 Sentencia C- 894 de 2006.

92 Inicialmente la Corte Constitucional consideró que la fijación de plazos para el ejercicio de la potestad reglamentaria era inconstitucional, en tanto que limitada una facultad constitucional propia que el Presidente de la República puede ejercerse en cualquier tiempo (Sentencia C-066 de 1999 y C-269 de 2000, entre otras); posteriormente ha señalado que estos términos no son en sí mismos inexequibles en cuanto "no alteran ni despojan al Gobierno de la función asignada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, pues se orientan a lograr la efectividad de la legislación y no se traducen en la inconstitucionalidad ni en la ilegalidad del reglamento cuando sea expedido con posterioridad al término dado por el Congreso." (Sentencia C-063 de 2002, igualmente Sentencia C-805 de 2001).

93 Dictado en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 20 transitorio de la Constitución Política.

94 Decreto 2153 de 1992. "ARTICULO 46. Prohibición.- En los términos de la ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito."

95 Decreto 2153 de 1992. ARTICULO 50. Abuso de Posición Dominante.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: 1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos; 2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones; 4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de dismunir o eliminar la competencia en el mercado. 5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

96 Decreto 2153 de 1992. ARTICULO 47. Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios; 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros; 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores; 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro; 5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos; 6. Los que tengan por objeto o tengan como

efecto la limitación a los desarrollos técnicos; 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones; 8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción; 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. ARTICULO 48. Actos Contrarios a la Libre Competencia.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: 1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor; 2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios. 3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

98 Esta diferenciación entre normas-principio y normas-mandato, a partir de la naturaleza programática de las primeras, en tanto que las segundas operan como reglas de deber que se cumplen o no, fue estudiada por la Corte en la Sentencia C-818 de 2005 en la cual se estableció:

“12. En la teoría del derecho se reconocen a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento. Precisamente, en sentencia T-406 de 1992, se manifestó que:

“Los principios (…), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (…) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídica para el presente; son el inicio del nuevo orden”..

13. La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los principios son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen” (Subrayado por fuera del texto

original).

99 ARTÍCULO 153. FUNDAMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

1. Equidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el Sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.

2. Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago.

3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud.

4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.

5. Autonomía de instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente Ley.

6. Descentralización administrativa. La organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.

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.

8. Concertación. El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los Consejos Nacional, departamentales, distritales y municipales de Seguridad Social en Salud.

9. Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las Instituciones Prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.

100 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

101 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

102 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

103 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

104 Roscoe Pound. Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent. 39 A.B.A.J. (1953),

794.

105 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver The Dissenting Opinion. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.