

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Impedir que se constituya con ánimo de lucro es una medida razonable del legislador

LIBERTAD ECONOMICA-Limitación razonable

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Participación de particulares

LIBERTAD ECONOMICA-Jurisprudencia constitucional

INTERVENCION ECONOMICA EN EL AMBITO DE LA SALUD-Límites

LIBERTAD ECONOMICA DE EMPRESA Y DE COMPETENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

LIBERTAD ECONOMICA-Restricción

De acuerdo con la jurisprudencia, una restricción a las libertades económicas es constitucional si (i) se llevó a cabo por ministerio de la ley; (ii) respeta el “núcleo esencial” de la libertad de empresa; (iii) obedece al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN EL AMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN EL AMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Diversos sistemas de organización institucional

La Constitución permite que el legislador configure diferentes sistemas institucionales en el ámbito de la seguridad social en salud. Expresamente los artículos 48, 49 y 365 de la Carta autorizan al legislador para determinar sistemas públicos, mixtos, privados o comunitarios de prestación de los servicios de salud, siempre que la regulación permanezca en cabeza del Estado —así como su organización, dirección y reglamentación— y respecto de los particulares éste ejerza la correspondiente vigilancia y control, de tal forma que se desarrollen a cabalidad los principios constitucionales de solidaridad, universalidad y eficiencia y se asegure el goce efectivo de los derechos de los usuarios de los servicios de salud. Al ejercer esta potestad de configuración el legislador puede optar por diversos sistemas de organización institucional y luego de evaluar su funcionamiento introducir los

ajustes que estime pertinentes o, inclusive, cambiar de sistema. No le compete a la Corte juzgar la conveniencia de uno u otro sistema, ni la oportunidad de las modificaciones que el legislador decida introducir, sin que ello signifique que el contexto dentro del cual han de ser interpretadas y aplicada las normas jurídicas sea irrelevante para el juez constitucional.

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Requisito de ser entidad sin ánimo de lucro no desconoce libertades constitucionales económicas

No desconoce las libertades constitucionales económicas de las entidades con ánimo de lucro una ley que fija como requisito para las ARS que se creen ser entidades sin ánimo de lucro, con el fin de adaptar los ajustes hechos a la operación del régimen subsidiado y “en consideración a la necesidad de garantizar un mayor compromiso, impacto y responsabilidad social.”

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia sobre nuevo cargo planteado por el Procurador General

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO EN PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Nuevas entidades públicas o privadas serán sin ánimo de lucro

Referencia: expediente D-4740

Norma Acusada: Artículo 127 de la Ley 812 de 2003, por la cual se aprueba el Plan de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario.

Demandante: Mauricio Martínez

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil cuatro (2004).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Mauricio Martínez solicitó a esta Corporación que declare inexecutable el artículo 127 de la Ley 812 de 2003 (por la cual se aprueba el Plan de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario).

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma acusada, resaltando la parte demandada:

LEY 812 DE 2003

por la cual se aprueba el Plan de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario.

(...)

Artículo 127. Teniendo en cuenta los ajustes a la operación del régimen subsidiado y en consideración a la necesidad de garantizar un mayor compromiso, impacto y responsabilidad social, las nuevas ARS que sean creadas y autorizadas para operar el régimen subsidiado en el país, serán necesariamente entidades públicas y/o privadas sin ánimo de lucro.

III. LA DEMANDA

El demandante acusa a la norma de violar los artículos 13, 150, numeral 21, 333 y 334 de la Constitución Política. A continuación se presenta cada uno de los cargos.

1. La demanda señala que la norma viola el derecho a la igualdad (art. 13, CP) de las entidades con ánimo de lucro que pretendan participar en la administración del régimen subsidiado. Sostiene que en la medida que la norma permite "(...) la administración del régimen subsidiado por parte de entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro, pero prohíbe a partir de la vigencia de la norma, la administración por parte de entidades con ánimo de lucro, e incluso, dejando que entidades con ánimo de lucro que fueron autorizadas con anterioridad a la expedición de la norma, sigan administrando este régimen."

Se considera que la norma viola el derecho a la igualdad, toda vez que la Constitución Política permite que los servicios públicos sean administrados por particulares, sin establecer una diferenciación frente a las entidades con ánimo de lucro. Además, prohibir “(...) a las entidades con ánimo de lucro participar en la administración del régimen subsidiado, conlleva el desconocimiento de derechos a los afiliados, incluso fundamentales, (...) toda vez que no podrá seleccionar entre otras entidades que administran el servicio, coadyuvan en la ampliación de la cobertura y en el mejoramiento de la calidad del servicio, introduciendo nuevas tecnologías que permiten lograr un mejor beneficio y mejoramiento en la calidad de la vida de los afiliados.”

2. En segundo lugar, se alega que la norma desconoce “(...) el principio de la reserva de ley, en la medida en que la intervención que realiza el Estado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, aun cuando puede ser muy amplia, considerando que se pretende proteger un sector que involucra la salud de las personas, no implica que dicha intervención no tenga límites y se llegue hasta el extremo de prohibir que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la administración del régimen subsidiado a partir de la expedición de la ley, se pueda realizar por entidades diferentes a las entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro, como son las entidades con ánimo de lucro, y menos cuando la norma no precisa la limitación, tornándose en un norma vaga que no da fuerza a la medida adoptada.”

La demanda considera que las razones sobre las que funda la restricción a las personas jurídicas con “ánimo de lucro” (“en consideración a la necesidad de garantizar un mayor compromiso, impacto y responsabilidad social”, dice el artículo acusado), “(...) no son fundamento suficiente para impedir a las entidades con ánimo de lucro participar en la administración del régimen subsidiado (...) || (...) no se comprende la razón de ser de la prohibición, toda vez que tanto entidades sin ánimo de lucro, pueden administrar eficientemente el régimen subsidiado e incluso puede llegar a administrarlo de manera más eficiente que las entidades sin ánimo de lucro.” Se reitera que la norma “(...) limita el derecho a la libre elección que tienen los afiliados al sistema, y les impide ser partícipes incluso en desarrollos y nuevas tecnologías que implemente entidades con ánimo de lucro y particulares con ánimo de lucro y que buscan mejorar la calidad del servicio y por ende la calidad de vida.” Concluye la demanda que la limitación impuesta por la norma acusada conlleva una intervención en la economía en forma “desproporcionada y sin razonabilidad alguna”.

3. Por último, la demanda considera que se atenta contra la libertad económica (art. 333,CP) que tienen las entidades con ánimo de lucro para participar en la administración del régimen subsidiado, facultando exclusivamente a las entidades estatales y a las entidades sin ánimo de lucro para administrar el régimen subsidiado. Se alega que “(...) el legislador en vez de propender por una sana competencia dentro de la prestación de los servicios de salud, crea privilegios para unas entidades que en últimas a quien afecta es a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud, al impedirles elegir entre una potencial gama de entidades, que además de facultar la ampliación de la cobertura, les puede ofrecer incluso, una mejor calidad de servicio.”

La demanda señala que la norma acusada, en contravía del deber que corresponde al estado de evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, “(...) impone, en manifiesta violación del artículo 333, una restricción a la libertad económica de las entidades con ánimo de lucro que pretendan participar en la administración del régimen subsidiado. || (...) la norma sitúa al Estado y a las entidades sin ánimo de lucro en posición dominante (...).”

IV. INTERVENCIONES

En cumplimiento de lo dispuesto en auto de agosto 5 de 2003 por el Magistrado ponente, la Secretaría General de la Corte Constitucional comunicó la iniciación del presente proceso al Presidente de la República y al Presidente del Congreso de la República (de conformidad con lo dispuesto en los artículos 244 de la C.P. y 11 del Decreto 2067 de 1991), y a los Ministros de Interior y de Justicia y de la Protección Social (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991). Adicionalmente, invitó a participar al proceso a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Superintendencia de Sociedades, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y se concedió el término de diez días para efectos de la intervención ciudadana (de conformidad con el inciso segundo del artículo 7° del Decreto 2067 de 1991). Por último, se corrió traslado del presente proceso al señor Procurador General de la Nación, como lo ordena el artículo 7° del Decreto 2067 de 1991.

Además del concepto rendido por el Procurador General de la Nación en el presente proceso intervino, extemporáneamente, la Academia Colombiana de Jurisprudencia para solicitar la

exequibilidad de la norma.¹

Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Academia Colombiana de Jurisprudencia intervino en el presente proceso por intermedio del abogado Bernardo Carreño Varela (Miembro Correspondiente), para defender la constitucionalidad de la norma acusada.

1. La primera cuestión que a juicio de la intervención debe estudiarse, aunque se trate de un tema que no fue explícitamente objeto de la demanda, consiste en determinar si el legislador tenía competencia para incluir la norma demandada en la ley que consagra el Plan Nacional de Desarrollo (la llamada “Ley del Plan”). Dice la intervención,

“Para el cumplimiento del principio [de legalidad] en su fase normativa, es decir lo que se llama reserva de ley, la Constitución Colombiana establece algunas reglas sobre el contenido de las leyes; es así como el artículo 339 de la Carta dice exactamente qué debe contener en la Ley del Plan, y la forma como esos enunciados deben distribuirse en ella.

Sobre el particular la jurisprudencia de esa H. Corte ha sido amplia pero constante: ha dicho que la Ley del Plan comparte ciertos rasgos de las orgánicas pero que es superior a ellas y, apoyada en la redacción del artículo 339 ya citado, admite que la inclusión de normas instrumentales que son “las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los planes”, y al dictar “mandatos que constituirán mecanismos idóneos para su ejecución”, se está dando cabal cumplimiento a la regla constitucional.

Exige, sí, esa jurisprudencia que las normas instrumentales tengan íntima conexión con los postulados generales del Plan que se adopta.

‘Se creará una red de protección social operante para dar continuidad a los programas de la Red de Apoyo Social, reformando el sistema de identificación y clasificación de potenciales beneficiarios para problemas sociales (SISBEN) para contar con la adecuada localización de tales programas.’

Y que en el numeral 3 enuncia un vasto programa de fortalecimiento y apoyo a las entidades del sector solidario de la economía; ésta última referencia se trae a cuento, por ahora, sólo para justificar la constitucionalidad de la norma dentro de la Ley del Plan: si se pretende

fomentar la economía solidaria, tal como aparece en el texto citado, y esas entidades, por definición legal (Ley 454 de 1998, art.6°, num. 3) no tienen ánimo de lucro, no está fuera de lugar en la ley del plan la invocación de esta calidad para aumentar los efectos y la cobertura del sistema de seguridad social en salud.2”

Según la intervención de la Academia, los civilistas consideraron el “ánimo de lucro” como el elemento propio de la sociedad comercial: “(...) aquella en que las partes convenían poner algo en común para repartirse el resultado de la especulación.” A contrario sensu, se entendió que “cuando no hay reparto de utilidades no hay ánimo de lucro”. Actualmente la teoría distingue dos aproximaciones al concepto, una subjetiva y otra objetiva. Se entiende que el ánimo de lucro es subjetivo cuando “hace relación al reparto de utilidades” y “objetivo cuando se pretende que la entidad, en sí misma, no tenga como finalidad principal la de obtener utilidades; lo que no impide ejercer actividades para obtenerlas, como lo ha reconocido el Consejo de Estado.”

La intervención considera que con independencia a cuál sea la óptica que se acoja –objetiva o subjetiva–, la restricción impuesta por el artículo no viola el principio de reserva de ley.

2. Con relación al cargo de inconstitucionalidad en contra del artículo 127 de la Ley 812 de 2003 por violar el principio de igualdad (art.13,CP), la intervención plantea el problema en los siguientes términos,

“(...) la igualdad que el Actor estima violada es la que debe existir, no entre los usuarios (...) sino entre los que prestan el servicio. Con esa óptica se debe estudiar si existe alguna diferencia entre las entidades con ánimo de lucro en la prestación de los servicios del Servicio de Administración de Riesgos en Salud.

Es claro que la diferencia existe: las unas tienen ánimo de lucro y las otras no. Pero: ¿esa diferencia justifica la decisión que tomó el legislador, de excluir a las entidades con ánimo de lucro de la prestación del servicio de administración de riesgos de salud?”

Para la Academia de Jurisprudencia la respuesta es afirmativa,

“(...) resulta obvio que si las Administradoras de los Riesgos de Salud no incluyen dentro de sus precios el beneficio de las entidades que los prestan, ni el de los asociados, sus servicios

serán más eficientes. (...) no se trata de que las entidades sin ánimo de lucro trabajen, como se diría en lenguaje corriente, al costo; pueden y deben obtener utilidades en forma tal que con ellas se preserve su continuidad, pues si ello no ocurre el servicio desaparecería. Lo que es importante es que las utilidades no sean el fin primordial de la empresa (criterio objetivo) ni tampoco el fin de las personas que integran la entidad (criterio subjetivo).”

La intervención advierte que según el artículo 365 de la Carta Política los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas y por particulares”. A su juicio, el artículo 127 de la Ley 812 de 2003 excluyó la posibilidad de que el servicio lo preste directamente el Estado o los particulares, por lo que se debe entender que éste es prestado por las “comunidades organizadas”.

3. Finalmente, con relación a la supuesta vulneración del derecho a la libertad económica, la Academia de Jurisprudencia sostiene que si bien “(...) la empresa es motor del desarrollo, nada obsta para que, obedeciendo mandatos contenidos en la misma Constitución y atendiendo a las diferencias que salen de la esencia de la misma de las entidades sin ánimo de lucro, tal como quedaron analizadas atrás, se reserve para ellas la operación de las ARS.”

La intervención considera que el análisis hecho para el cargo de igualdad evidencia la razonabilidad de la decisión adoptada por el legislador.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, intervino en el presente proceso mediante el concepto 3362 de septiembre 26 de 2003 para solicitar la exequibilidad de la norma acusada, con excepción de la expresión “nuevas”.

1. El Procurador General de la Nación advierte, en primer lugar que “(...) el control de constitucionalidad de la norma deberá partir [1] de la potestad del legislador en la regulación de esta materia, [2] la cual sólo podrá ser objeto de reproche constitucional si afecta de manera injustificada los derechos de las entidades privadas con ánimo de lucro para participar en la administración de estos recursos y si esta limitación resulta a la adecuada prestación del servicio y por consiguiente, a la obtención de los fines constitucionalmente determinados.” Citando la jurisprudencia constitucional (sentencia C-974 de 2002), sostiene que el estudio de exequibilidad de una norma que interviene en la

economía debe verificar que ésta: (i) sea realizada por el legislador; (ii) no afecte el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) obedezca a motivos suficientes y adecuados que justifique la limitación de la referida garantía; (iv) obedezca al principio de solidaridad; y (v) responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

2. El Procurador señala que la Constitución protege especialmente las formas asociativas y solidarias de propiedad (art.58,CP), y confiere al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, la facultad de contratar “con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y con los planes seccionales de Desarrollo” (art.355,CP). Adicionalmente, señala que la Ley 100 de 1993 al regular la administración del Régimen Subsidiado en Salud (artículo 216), señala que la Dirección seccional o local de salud contratará preferencialmente la administración de los recursos del subsidio con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario tales como las Empresas Solidarias de Salud. Al respecto, el Procurador concluye en su concepto lo siguiente,

“Las Empresas Promotoras de Salud privadas con ánimo de lucro tenían sólo una posibilidad eventual o subsidiaria de ser elegidas para la celebración de estos contratos y en caso de que les fueran adjudicados debería hacerse a través de un concurso y esto no les garantizaba ningún derecho a la renovación del contrato.

Como puede observarse, esta orientación de la contratación con entidades sin ánimo de lucro no es una novedad en el manejo de los recursos del Régimen Subsidiado, lo que hace la norma que se acusa es cambiar un régimen de preferencia a favor de estas entidades, aun régimen de exclusividad.”

3. Alega que la norma no viola el núcleo esencial de la libertad de empresa “(...) por cuanto a las EPS privadas con ánimo de lucro no se les está negando la posibilidad de realizar (...) la actividad que constituye su objeto principal cual es la afiliación y registro de los beneficiarios, el recaudo y manejo de las cotizaciones que éstos realicen y la organización y garantía del Plan Obligatorio de Salud de sus afiliados a través de las IPS (artículo 177 de la Ley 100 de 1993). La administración de los recursos del Régimen Subsidiado constituía para ellas una actividad eventual, razón por la cual ni siquiera aparece entre las funciones que les señala el artículo 178 de la Ley 100 de 1993.”

4. Tampoco considera el Director del Ministerio Público "(...) que la norma acusada afecte los derechos de los usuarios como lo alega el demandante y por el contrario, busca mejorar la cobertura y calidad del servicio procurando que en la mayor medida posible, los recursos del régimen subsidiado se reinviertan en la población beneficiaria, de otra parte, en cuanto a la búsqueda de eficiencia del sistema, ésta se garantiza en tanto que los usuarios podrán seguir haciendo uso de su libertad para elegir entre las entidades prestadoras del servicio." Para el Procurador, la restricción impuesta por la norma acusada es razonable, en especial si se tiene en cuenta que el juicio de constitucionalidad en este caso no debe aplicado de forma estricta, sino "(...)en un sentido laxo, pues en materia de intervención económica el legislador cuenta con amplia facultad de configuración."

5. El concepto establece que si bien es razonable que el legislador limite la participación de las entidades con ánimo de lucro en la prestación del servicio de salud en el régimen subsidiado, pues como ya lo mostré, se trata de una medida que busca fines constitucionales legítimos por medios adecuados, no es inconstitucional la situación anterior, es decir, que la ley sí se les permitía a dichas entidades participar en el régimen subsidiado en salud. Se trata de una decisión que se encuentra dentro del margen de configuración del legislador. El concepto sostiene que la finalidad buscada por la norma acusada "(...) no es constitucionalmente indispensable y por tanto el legislador podría, como lo hizo hasta ahora, disponerlo de otra manera, permitiendo la actuación de las ARS tanto públicas como privadas sin o con ánimo de lucro, lo cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-1489 de 2000. Pero la decisión que adopta a través de la norma acusada es igualmente legítima y está justificada en un fin constitucionalmente legítimo, cual es garantizar en la mayor medida posible que estos recursos se destinen a los beneficiarios del régimen subsidiado, máxime cuando, como lo han demostrado recientes estudios, como el titulado "bien estar y macroeconomía", publicado por la Contraloría General de la República y el Centro de investigaciones para el desarrollo CID, de la Universidad Nacional de Colombia, se ha registrado un aumento en la vulnerabilidad de los hogares pobres por la mayor probabilidad de enfermarse, las menores posibilidades de ser atendidos (p.11) y el crecimiento de la población que requiere del sistema subsidiado en salud, el cual es procíclico, con relación al aumento en el índice de desempleo (p.35 y 36).

6. Tampoco considera que la norma viole el principio de igualdad "(...) por cuanto la misma Carta Política autoriza de un lado, la potestad del legislador para regular la participación de

los particulares en la prestación de los servicios públicos y de otra, para dar un tratamiento diferenciado y preferente a las entidades sin ánimo de lucro, lo cual es coherente con un plan de desarrollo que se ha denominado “hacia un estado comunitario”, uno de cuyos objetivos es construir equidad social, mejorando la redistribución del ingreso y el crecimiento económico, buscando un país de propietarios, que al mismo tiempo vincule al Estado en el gasto social eficiente y en la protección a los sectores más vulnerables de la sociedad. Y que, de otra parte, entre sus programas específicos hace referencia a la ampliación de la cobertura del servicio de salud y el fortalecimiento financiero del mismo y a la necesidad de impulsar el sector social y solidario.”

7. La posibilidad de que las ARS existentes continúe actuando dentro del régimen subsidiado, así sean entidades con ánimo de lucro, tampoco desconoce el principio de igualdad, por el contrario “(...) en observancia del principio de la confianza legítima y para evitar traumatismos en la prestación del servicio, se debe permitir a las actuales ARS privadas con ánimo de lucro seguir con esta actividad por lo menos hasta el término de sus actuales contratos”. En virtud del artículo 45 del Acuerdo N° 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, los contratos de administración de los recursos del régimen subsidiado se celebraron por un año (del 1° de abril al 30 de marzo de cada año); por lo tanto “(...) teniendo en cuenta que esos contratos constituyen situaciones jurídicas consolidadas, deberá permitirse su normal ejecución hasta el próximo 30 de marzo de 2004, pero en adelante, sólo podrán ser celebrados o renovados con empresas públicas o privadas sin ánimo de lucro.”

De acuerdo con esto, el Procurador considera que la Corte debe declarar la inconstitucionalidad de la expresión “nuevas”, contenida en el artículo acusado, “de tal manera que las actuales ARS privadas con ánimo de lucro, no puedan contratar con el estado la administración de recursos del régimen subsidiado, una vez concluidos los contratos que se encuentran vigentes actualmente.”

8. Finalmente, con relación a “los cargos que se basan en una supuesta mayor eficiencia de las entidades privadas con ánimo de lucro en la prestación del servicio, el Ministerio Público considera que se trata de cargos de simple convivencia o de suposiciones que no se encuentran sustentadas, lo que excluye su análisis en el contexto del proceso de control de constitucionalidad, razón por la que este Despacho no hará ningún pronunciamiento sobre

ellos.”

9. El Procurador General de la Nación, en conclusión, solicita a la Corte Constitucional que declare exequible el artículo 127 de la Ley 812 de 2003 por los aspectos aquí analizados, con excepción de la expresión “nuevas”, contenida en el mismo artículo, la cual solicita declarar inexecutable.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes de la República.

2. Problemas jurídicos

El ciudadano Mauricio Martínez considera que el artículo 127 de la Ley 812 de 2003 desconoce las libertades económicas al ser una intromisión irrazonable en el sector subsidiado de salud, y el principio constitucional de la igualdad, al discriminar a quienes desean conformar una ARS con ánimo de lucro respecto de quienes deseen conformar una ARS sin ánimo de lucro. El problema jurídico a resolver entonces, es el siguiente: ¿Desconoce las libertades constitucionales económicas y el principio de igualdad una norma que fija como requisito para la creación de una ARS que esta sea una entidad sin ánimo de lucro? Pasa la Corte a analizar la cuestión planteada.

3. Impedir que se constituyan ARS con ánimo de lucro es una medida razonable que puede adoptar el legislador

La Corte considera que la norma acusada fija una limitación a la libertad económica que es constitucionalmente razonable. Para analizar el punto, en primer lugar, se presentará la jurisprudencia de la Corte sobre la materia. Posteriormente se estudiará la norma específica en cuestión.

3.1. Participación de los particulares en la prestación del servicio público de salud

3.1.1. El artículo 334 de la Constitución establece que “[l]a dirección general de la economía estará a cargo del Estado” indicando que éste “intervendrá, por mandato de la ley, (...) en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.” La norma señala que el Estado intervendrá de manera especial para “(...) asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (...)”.

3.1.2. En el artículo 365 la Constitución establece que “[l]os 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.” Advierte también que “[l]os servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...)”

3.1.3. La Constitución reconoce expresamente al Congreso de la República la facultad de “[e]xpedir las leyes que regirán (...) la prestación de los servicios públicos” (art. 150; num. 23; CP) y al Presidente de la República la facultad de “[e]jercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos” (art. 189; num. 22; CP).

3.1.4. El artículo 48 de la Constitución, por otra parte, establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo (1) la dirección, (2) la coordinación, y (3) la dirección del Estado. En su tercer inciso, el artículo 48 en cuestión advierte:

“La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley” (acento fuera del texto original)

3.1.5. El artículo 49 de la Constitución establece que corresponde al Estado (1) organizar, (2) dirigir y (3) reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental. Específicamente, se indica que corresponde al Estado “(...) establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control (...)” así como “(...) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares (...)” (acento fuera del texto original).

3.2. Jurisprudencia constitucional acerca de las libertades económicas y los límites a la intervención económica en el ámbito de la salud.

3.2.1. En la sentencia C-1489 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte Constitucional estudió una acción pública de inconstitucionalidad en contra de dos de las normas que estructuran el diseño del régimen subsidiado de salud, los artículos 2153 y 2164 de la Ley 100 de 1993. El demandante alegó que la forma como está diseñado el sistema de seguridad social en salud (especialmente en el caso del régimen subsidiado) no es la adecuada para lograr la ampliación progresiva de la cobertura en los términos propuestos en la Constitución, lo cual se verifica al comparar los índices de cobertura poblacional y el monto anual de gasto en salud. A su juicio, esta situación se debe a que el diseño del sistema genera unos sobrecostos innecesarios, lo que deriva en la insuficiencia de los recursos para alcanzar la materialización del canon constitucional de ampliación progresiva de la cobertura de la atención en salud. Señaló que las ARS cumplen una simple labor de intermediación, que incrementa los costos del sistema, ya que éstas no prestan directamente el servicio de salud; tal función corresponde a las IPS. El actor indicó que dicha situación resulta contraria a los principios constitucionales de universalidad y eficiencia que deben regir la prestación de servicios en salud, conforme al artículo 48 de la Carta Política, ya que, de acuerdo con los estudios sobre la materia, el 28% de los recursos del régimen subsidiado se desvían de sus fines. Asimismo, señaló que esta situación desconoce la prohibición constitucional de no “destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

3.2.1.1. La Corte consideró que la “(...) Constitución autoriza al Legislador a recurrir a distintos mecanismos y diseños para desarrollar y materializar estos derechos prestacionales (la seguridad social), pues la Carta no opta por un sistema de salud y seguridad social de carácter estrictamente público, ni por un sistema puramente privado, sino que defiere al Congreso la toma de esas decisiones políticas. Así, explícitamente la Constitución señala que la seguridad social puede ser prestada ‘por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley’ (CP art. 48). Por consiguiente, (...) muchas de esas decisiones políticas en materia de salud hacen parte de la libertad de configuración del legislador y escapan entonces al escrutinio judicial por parte del juez constitucional,” sin que ello implique que la discrecionalidad del Congreso en este campo sea total, “(...) por cuanto la Carta establece unos principios básicos que obligatoriamente orientan la seguridad social, y que por ende

limitan la libertad de configuración del Legislador.”

3.2.1.2. En este caso, en primer término, la Corte decidió que “(...) la introducción de las ARS en el régimen subsidiado o de las EPS en el régimen contributivo no constituye, per se, un sobre costo innecesario (...) ya que esas entidades, encargadas, entre otras cosas, de la intermediación de los recursos de la seguridad social y del aseguramiento de los usuarios, fueron pensadas precisamente para aumentar, por medio de un sistema que algunos denominan de ‘competencia regulada’ y otros de ‘pluralismo estructurado’ (...), la eficiencia y equidad del sistema de salud, a fin de lograr la universalidad. (...) [L]a adopción de ese sistema de salud, con subsidio a la demanda e intermediación de las ARS, era una de las opciones posibles que tenía el Legislador para desarrollar los principios constitucionales de la seguridad social en salud.”

3.2.1.3. Además, la Corte concluyó de los datos obtenidos y analizados que “(...) las cifras sobre los porcentajes de inversión de los recursos de las ARS en actos médicos directos no sólo son disímiles en cada una de las fuentes de información, sino que corresponden a criterios de estudio diferentes, y no permiten una comparación clara que arroje resultados confiables al respecto. Adicionalmente, la lectura de cada uno de los documentos relacionados en el cuadro evidencia que cada uno de las entidades reportantes utiliza criterios de evaluación y estudio diversos, fuentes de información distintas e incluso áreas de muestreo diferentes. En este sentido, las entidades estatales que deben tener mayor acceso a los balances por entidades, en algunas partes reconocen que el estudio no incluye a ciertas ARS por no haber obtenido la información correspondiente. En igual sentido, el informe NERA, además de ser apenas un informe de avance, reconoce haber empleado una metodología de muestreo restringida y diferenciada sobre algunas ARS, e incluso alcanza a señalar que ciertos datos no son, aún, plenamente confiables.” Así pues, no era claro y contundente que el régimen subsidiado implicara gastos administrativos desproporcionados de parte de las ARS.⁵

3.2.2. En la sentencia C-615 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte consideró contrario a la Constitución someter las inversiones de las entidades privadas en salud a los planes bienales que elaboren las entidades territoriales del Estado, y sancionar a las entidades que realizaran inversiones por fuera de dichos planes.⁶

3.2.2.1. La razón por la que la Corte tomó esta decisión es que “(...) si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha encargado de señalar [que] (...) a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general (...) tal intervención: (i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía;⁷ (iv) debe obedecer al principio de solidaridad;⁸ y (v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.⁹” (C-615 de 2002; subraya fuera del original)

3.2.2.2. El juicio de la Corte se funda tanto en la protección al ejercicio de la libertad económica (art.333, inc.1,CP) y la libre competencia (art.333, inc. 2, CP) como en el marco de la facultad estatal de intervenir en el (art.334, CP), sistema de seguridad social en salud. Las premisas del argumento de la Corte fueron las siguientes,

Las libertades económica, de empresa y de competencia en materia de seguridad social en salud

5. En el Estado social de Derecho, el principio de la libertad económica -y de las subsiguientes de empresa¹⁰ y de competencia-¹¹ se sigue considerando como base del desarrollo económico y social y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidente con esta concepción, la Constitución Política en su artículo 333 expresamente reconoce a la empresa su carácter de promotor del desarrollo.

Desde una óptica subjetiva, la libertad económica, que involucra la de empresa y dentro de ella la libertad de competencia que es su principio básico de operación, es un derecho no fundamental de todas las personas a participar en la vida económica de la nación,¹² que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe promover. Para ello debe remover los obstáculos que impiden el libre acceso a los mercados de bienes y servicios. En este sentido, la Carta explícitamente enuncia que “La libre competencia económica es un derecho de todos...” y añade que “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se

obstruya o se restrinja la libertad económica”.

No obstante, como todos los derechos y libertades, la económica y de empresa no son absolutas. Ellas tienen límites concretos que la Constitución expresamente menciona cuando afirma: “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” Además, la noción misma de empresa, similarmente a lo que sucede con el concepto de propiedad, es entendida como una función social que implica obligaciones. (C.P art. 333)

El instrumento por excelencia que permite a las autoridades lograr la efectividad de la función social de la empresa, es la actividad estatal de intervención en la economía. Esta intervención, según lo prevé el artículo 334 superior, se lleva a cabo por mandato de la ley “en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Así pues, el legislador puede intervenir la actividad económica, a fin de lograr los mencionados fines constitucionales.

Puede decirse que la actividad intervencionista del Estado en la economía pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en dicha actividad en ciertos casos, como en el de la prestación de los servicios públicos que se vincula a la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general.

Pero más allá de esta tensión entre el interés público y el privado, es preciso recordar que la libertad de empresa es reconocida a los particulares por motivos de interés público. Al margen de lo que las distintas escuelas económicas pregonan sobre la incidencia de la competencia libre en la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, lo cierto es que la Carta, como se dijo, admite que la empresa es motor de desarrollo.” (C-615 de 2002)

3.2.2.3. En el caso concreto de la norma estudiada en la sentencia C-615 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte consideró que se trataba de una restricción desproporcionada. Al respecto dijo la Corte:

“(…) la obligatoriedad de tales planes bienales de salud respecto de las empresas privadas no resulta conforme con la Carta y menos aun la sanción que por incumplimiento de la prohibición de invertir por fuera de ellos se les impone, que consiste en su exclusión del sistema, todo lo cual resulta desproporcionado. En efecto, parece claro que la norma acusada elimina el esquema de libre competencia que el resto de las leyes que regulan el servicio público de salud mantienen, pues, como se dijo, en lo sucesivo las empresas privadas que prestan servicios de salud sólo podrán invertir en aquellos proyectos y servicios de control especial de oferta que les sean autorizados en los planes bienales. Como el Ministerio de Salud puede incluir sin límites todos aquellos proyectos y servicios cuya oferta estime conveniente regular, en la práctica en relación con ellos no regirá un esquema de libre iniciativa privada, pues las entidades particulares tendrán que ofrecer exclusivamente lo que se les indique, so pena de quedar excluidas del sistema de seguridad social, lo cual en últimas equivale a excluirlas de la actividad y del mercado de estos servicios.

Esta desproporción en la medida de intervención, a juicio de la Corte pervierte la finalidad constitucional de racionalizar la oferta de servicios de salud perseguida por el legislador. Ciertamente, dentro de la axiología constitucional la libertad de empresa y de competencia se reconocen, como se dijo, por razones de interés general pues se las estima motor del desarrollo. En el presente caso, se presenta un ejemplo claro de cómo la eliminación de estas garantías y del esquema de mercado libre, trunca la posibilidad social de acceder a mejores ofertas de bienes y servicios. Al impedir la oferta libre de servicios, la ley produce un estancamiento de la ampliación de las redes en lo referente a infraestructura, equipos y servicios, y en la mejora de su calidad, con grave detrimento del interés general y de la garantía de la satisfacción de necesidades básicas y de derechos fundamentales. Lo anterior por cuanto aunque se ajusta a la Carta la planificación de la oferta de servicios públicos y su control y vigilancia a efectos de lograr la atención de las necesidades de la población en todos los niveles, el exceso de la reglamentación anula los beneficios del modelo legal vigente, con grave deterioro del interés colectivo.”

3.2.2.4. La posición sentada por la Corte en la sentencia C-615 de 2002 ha sido reiterada en varias ocasiones.

(i) En la sentencia C-915 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)¹³ la Corte decidió que la “(…) normativa acusada, no atenta contra los principios de la libre competencia y de la libertad de

empresa cuando dispone que las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán, en los porcentajes señalados en ella misma, con instituciones prestadoras de servicios de salud del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato, pues el análisis constitucional de la misma debe considerar, según lo expresado en esta providencia, siguiendo línea jurisprudencial estable sobre la materia, que dichos principios deben armonizarse con las potestades especiales de intervención y con los principios y reglas propios de los servicios públicos, y en especial de los servicios públicos de seguridad social y de salud.”¹⁴

(ii) En la sentencia C-974 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)¹⁵ la Corte estudió dos problemas jurídicos diferentes a los que se plantean en el presente proceso,¹⁶ pero fundados en cargos análogos.¹⁷ La Corte decidió que obligar a las Instituciones Prestadoras de Salud de carácter privado a someter a la aprobación del Ministerio de Salud los proyectos de inversión que se relacionen con los servicios e instalaciones definidos, por el mismo ministerio como de control especial de oferta, no es constitucionalmente razonable.¹⁸ La Corte consideró que los apartes normativos acusados establecen “(...) una restricción significativa a la libertad económica, [que] resulta contraria a los artículos 333, 334 y 150 numeral 21 de la Carta Política, en la medida en que la intervención no se hace por medio de la ley, sino que se delega al Ministerio de Salud, sin que el legislador haya precisado, ni los fines, ni los alcances de la intervención, ni, en estricto sentido, el contenido de la limitación, puesto que se refiere a aspectos meramente formales de la misma, como el requisito de autorización, pero sin precisar las condiciones en las que la misma resultaría exigible, o la atribución de clasificar determinados bienes y servicios como de control especial de oferta, pero sin incluir parámetro alguno para establecer qué bienes y servicios, en qué condiciones, y bajo cuáles supuestos pueden ser incluidos en ese régimen, ni las consecuencias del mismo o su modo de operación.”¹⁹ La Corte resolvió declarar inexecutable los apartes acusados.²⁰

(iii) En la sentencia C-331 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)²¹ la Corte decidió que “(...) no contradice los principios de la seguridad social y en particular el de la eficiencia, que la ley disponga que un porcentaje de los recursos del régimen subsidiado deba contratarse con IPS públicas, cuando éstas estén en capacidad de prestar el servicio en las condiciones de cantidad y calidad requeridas (...)”. Teniendo en cuenta que “(...) no se está reservando una actividad, o excluyendo de la misma a los particulares, sino disponiendo la manera como va a cumplir una obligación a su cargo y el destino de los recursos públicos disponibles para el

efecto (...).” La Corte consideró que “(...) no se trata, se insiste, de que el Estado se reserve una actividad imponiendo a todos la obligación de contratar con entidades públicas, para lo cual se requeriría agotar la condiciones previstas en el artículo 365 de la Constitución, sino que dispone sobre el destino de unos dineros públicos con cargo a los cuales debe desarrollarse una responsabilidad que la ley ha confiado a las entidades territoriales del Estado.” En este caso la Corte también consideró que “(...) no se desconoce el principio de igualdad, cuando el legislador, al regular la manera como deben concurrir el Estado y los particulares a la prestación del servicio de salud, dispone que un porcentaje de los recursos con los que cuentan las entidades territoriales para la atención de sus responsabilidades en el régimen subsidiado deba contratarse por las respectivas ARS con IPS públicas.”²²

(iv) En la sentencia C-870 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería) la Corte consideró, con base en la sentencia C-615 de 2002, que “(...) le compete a las autoridades públicas, en sus diferentes campos de acción, resolver las tensiones que se presentan entre la libertad de empresa y la primacía del interés general, dado que, en cuanto base del desarrollo la empresa debe producir y exhibir positivos balances de rentabilidad económica y social, los que a su vez habrán de ser, en lo económico-fiscal, representativos de mejores bases gravables y por tanto de mayores tributos; y en lo social, indicativos de su participación en el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.”²³

(v) En la sentencia C-898 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte condicionó la exequibilidad de una norma que obligaba a las direcciones seccionales de salud a contratar “preferencialmente” la administración de los recursos del subsidio con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario, como las Empresas Solidarias de Salud. Decidió que “(...) el señalamiento de una preferencia para las ARS de carácter comunitario, como las empresas solidarias de salud, desarrolla claramente los postulados constitucionales que ordenan que los servicios de salud se organicen “con participación de la comunidad” (C.P art. 49), (...)” siempre y cuando “(...) la preferencia otorgada a las ARS de carácter comunitario permita la realización de los principios constitucionales de eficacia y de universalidad de las seguridad social en salud, que según la opción legislativa deben conseguirse a través del modelo económico de libertad de competencia, el privilegio no puede ser tal que impida tener en cuenta las mejores condiciones de oferta de servicios que hacen las distintas categorías de ARS. Por eso, (...) en todos los casos, todas las ARS interesadas en administrar los recursos del régimen subsidiado deben participar en el

concurso convocado por las direcciones seccionales o locales de salud para contratar dicha administración, y solamente cuando se presente una igualdad de condiciones entre las participantes debe preferirse a aquella de ellas que sea una ARS de carácter comunitario, como lo son las empresas solidarias de salud (ESS).”²⁴

3.3. En conclusión, de acuerdo con su jurisprudencia, y en especial con la sentencia C-615 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), una restricción a las libertades económicas es constitucional si (i) se llevó a cabo por ministerio de la ley;²⁵ (ii) respeta el “núcleo esencial” de la libertad de empresa;²⁶ (iii) obedece al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución;²⁷ y (iv) responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato.²⁸ Pasa la Corte a estudiar cada uno de estos aspectos en relación con la norma acusada en el presente proceso.

3.3.2. Dicha restricción no vulnera el “núcleo esencial” de la libertad de empresa; ni siquiera excluye a los particulares de participar en la prestación del servicio público de salud en el régimen subsidiado. Tan sólo impide que la iniciativa privada participe en el sector subsidiado de salud mediante una persona jurídica que tenga “ánimo de lucro”.

3.3.3. (iii) La razón por la que el Congreso aprobó la restricción contemplada en el artículo 127 del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 812 de 2003) obedece al principio de solidaridad y a otros fines contemplados expresamente por la Constitución. El propósito de la norma es, “teniendo en cuenta los ajustes a la operación del régimen subsidiado”, garantizar un mayor “compromiso, impacto y responsabilidad social” por parte de las ARS, con miras a asegurar el goce efectivo del derecho a la salud de las personas con menos recursos en las sociedad. Se trata entonces de una limitación que además de obedecer al principio de solidaridad (arts. 48 y 95, CP) y al “interés social” (art.333,CP) constituye una de las razones por las cuales, de forma expresa, la Constitución autoriza al estado intervenir en la economía: “asegurar que todas las personas, en especial las de menores ingresos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” (art.334,CP). De hecho, el régimen subsidiado de salud mismo es un desarrollo del principio de solidaridad.

3.3.4. La Corte también considera que se trata de una limitación razonable y proporcionada, en sentido lato.

3.3.4.1. En primer lugar, tal y como se acaba de señalar [3.2.3], la restricción obedece a fines

constitucionales expresamente aceptados como límites a la libertad económica. Además de lo dicho, cabe señalar que según el artículo 334, el Estado “(...) intervendrá, por mandato de la ley, (...) en los servicios públicos y privados, para reconciliar la economía con el fin de conseguir (a) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, [y] (b) la distribución equitativa de las oportunidades” (acento fuera del original).

La norma acusada tiene por objeto cumplir las metas del Plan Nacional de Desarrollo encaminadas a “construir equidad social”. Específicamente, aquellas encaminadas a garantizar el goce efectivo del derecho constitucional a la salud, y en consecuencia los derechos a la integridad física y a la vida, de algunas de las personas más vulnerables de la sociedad: los beneficiarios del régimen subsidiado de salud y quienes reuniendo los requisitos para ser beneficiarios del Sistema se encuentran por fuera, bien porque no se les ha asignado cupo en alguna ARS, bien porque ni siquiera se encuentran en el SISBEN.

El artículo 127 de la Ley 812 de 2003 interviene en los servicios públicos del régimen subsidiado de salud con el fin de alcanzar la universalidad del sistema (aumentar el número de beneficiarios) y garantizar la adecuada prestación de un servicio médico de calidad. Es importante reiterar que la razón que llevó al Congreso a tomar las medidas en cuestión no es sólo incrementar los recursos del régimen subsidiado para mejorar el servicio prestado, sino también para aumentar la cobertura. En esta medida, se trata de una norma claramente orientada a propiciar una “distribución equitativa de las oportunidades.” De hecho, explícitamente, la norma advierte que la medida se tomó en razón “(...) a los ajustes a la operación del régimen subsidiado y en consideración a la necesidad de garantizar un mayor compromiso, impacto y responsabilidad social (...)”. Así pues, la norma acusada impone la restricción con el objeto de alcanzar un fin no sólo importante, sino imperioso constitucionalmente.

3.3.4.2. El medio elegido por el legislador para alcanzar la meta social propuesta consiste en fijar las condiciones bajo las cuales se puede conformar una ARS. Claramente no está prohibido que el Estado regule, mediante ley, la forma en que participan los particulares en la prestación de los servicios de salud; por el contrario, es una facultad y un deber del Estado hacerlo para garantizar el goce efectivo de los derechos.

3.3.4.3. Por último, con relación a la idoneidad del medio para alcanzar el fin propuesto,

advierte la Corte que exigir que las ARS sean entidades sin ánimo de lucro es un medio adecuado, en principio, para conservar la mayor cantidad de recursos dentro del sistema subsidiado de salud. Al no repartir utilidades, las entidades sin ánimo de lucro reinvierten los dineros que obtienen por tal concepto dentro del sistema mismo. Así, los dineros que podrían salir del Sistema a título de utilidades no se redirigen a otros sectores de la economía.

La demanda se alega que “prohibir a las entidades con ánimo de lucro participar en la administración del régimen subsidiado, conlleva el desconocimiento de derechos a los afiliados, incluso fundamentales (...) toda vez que la población afiliada no podrá seleccionar entre otras entidades que administran el servicio, coadyuvan en la ampliación de la cobertura y en el mejoramiento de la calidad del servicio, introduciendo nuevas tecnologías que permiten lograr un mejor beneficio y mejoramiento en la calidad de vida de los afiliados.”

La norma acusada despierta posiciones encontradas en torno a cual es la mejor política para fortalecer institucionalmente el régimen subsidiado de salud, tanto con miras a la expansión de su cobertura para que todas las personas de bajos ingresos puedan acceder a los servicios de salud como en cuanto a los aspectos relativos a la calidad del servicio prestado para que ésta sea cada vez mayor o, por lo menos, no se deteriore. Puede alegarse que admitir el ánimo de lucro es esencial para incentivar la inversión privada en dicho régimen, lo cual redundaría en mayor cobertura y en incrementos en la calidad del servicio. Pero también puede considerarse que el ánimo de lucro distorsiona el funcionamiento de las ARS a tal punto que los beneficios de incentivar la inversión privada son inferiores a los efectos negativos generados por permitir ARS con ánimo de lucro. En la actualidad, diversos estudios sobre el régimen subsidiado de salud han mostrado que dados los problemas del sistema —por ejemplo, su déficit²⁹ y la falta de información, control y vigilancia,³⁰— es recomendable que las ARS sean entidades sin ánimo de lucro.³¹

En todo caso, no le corresponde a la Corte resolver esta controversia. La Constitución permite que el legislador configure diferentes sistemas institucionales en el ámbito de la seguridad social en salud. Expresamente los artículos 48, 49 y 365 de la Carta autorizan al legislador para determinar sistemas públicos, mixtos, privados o comunitarios de prestación de los servicios de salud, siempre que la regulación permanezca en cabeza del Estado —así como su organización, dirección y reglamentación— y respecto de los particulares éste ejerza

la correspondiente vigilancia y control, de tal forma que se desarrollen a cabalidad los principios constitucionales de solidaridad, universalidad y eficiencia y se asegure el goce efectivo de los derechos de los usuarios de los servicios de salud. Al ejercer esta potestad de configuración el legislador puede optar por diversos sistemas de organización institucional y luego de evaluar su funcionamiento introducir los ajustes que estime pertinentes o, inclusive, cambiar de sistema. Así, puede estimar en un momento que la participación de los particulares es mejor si cabe el ánimo de lucro y, luego, cambiar de parecer y considerar que dicha participación solo puede llevarse a cabo mediante formas jurídicas, por él mismo creadas, que excluyen el ánimo de lucro. También puede combinar ambas aproximaciones y permitir que coexistan, en los términos definidos por la propia ley. No le compete a la Corte juzgar la conveniencia de uno u otro sistema, ni la oportunidad de las modificaciones que el legislador decida introducir, sin que ello signifique que el contexto dentro del cual han de ser interpretadas y aplicada las normas jurídicas sea irrelevante para el juez constitucional. Por eso, en este proceso, la Corte se limitará a estudiar los cargos jurídicos elevados en la demanda.

También es relevante advertir que la norma no excluye, per se, a ningún particular de crear nuevas ARS, sino que exige que la forma jurídica de éstas sea la de una ARS sin ánimo de lucro. Cualquier particular podrá crear ARS sin ánimo de lucro, siempre que reúna las condiciones establecidas en la ley. En varias ocasiones la Corte se ha pronunciado sobre este tipo de limitaciones a la iniciativa privada que se concretan, no en una exclusión de cierto grupo de personas, sino en el establecimiento de condiciones jurídicas que, en principio, podrían ser cumplidas por cualquier persona. Inclusive declaró constitucional que la ley, en un ámbito diferente a la salud pero dentro del campo de los servicios públicos, exigiera una forma asociativa usualmente dirigida al lucro como lo es la sociedad por acciones.³²

3.4. En conclusión, no desconoce las libertades constitucionales económicas de las entidades con ánimo de lucro una ley que fija como requisito para las ARS que se creen ser entidades sin ánimo de lucro, con el fin de adaptar los ajustes hechos a la operación del régimen subsidiado y “en consideración a la necesidad de garantizar un mayor compromiso, impacto y responsabilidad social.”

4. Impedir que se constituyan ARS con ánimo de lucro no desconoce el principio de igualdad

4.1. El demandante considera que impedir a las personas, naturales o jurídicas, constituir ARS con ánimo de lucro conlleva una violación de su derecho a la igualdad, por cuanto a las personas que desean constituir ARS sin ánimo de lucro si se les permite hacerlo.

Planteado el problema de esta forma pareciera que existieran dos grupos, el de aquellas personas que pueden constituir ARS y el grupo de aquellas personas que no pueden constituir ARS. Sin embargo ello no es así. En realidad solo existe un grupo, a saber, el de todas las personas naturales y jurídicas. Todas las personas pertenecientes a este grupo tienen el mismo trato: sin distinción alguna pueden crear ARS sin ánimo de lucro y sin distinción alguna se les prohíbe crear ARS con ánimo de lucro.

Por lo tanto, en el presente caso no se está estudiando si constitucionalmente es razonable someter a un trato legal diferente a dos grupos. La cuestión planteada por el actor en este caso es si el legislador puede impedir a todas las personas, naturales o jurídicas, participar en la prestación de los servicios públicos de salud en el régimen subsidiado mediante un tipo de entidad (una ARS con ánimo de lucro), cargo que ya fue analizado en el apartado anterior.

4.2. Advierte la Corte que el Procurador General de la Nación presentó otro argumento basado en el principio de igualdad en contra una palabra específica del artículo 127 de la Ley 812 de 2003. Para que la Corte pueda entrar a analizar la cuestión es preciso determinar si en la demanda se formuló un cargo al respecto. Un estudio cuidadoso de la misma indica que el cargo de igualdad refiere a un asunto distinto.

4.2.1. En efecto, lo que reprocha el actor a la norma es que prohíba que en el futuro sean creadas ARS con ánimo de lucro. Dice la demanda que “la medida si crea una diferenciación y un trato discriminatorio para las entidades con ánimo de lucro, frente a las entidades sin ánimo de lucro y entidades estatales para la administración del régimen subsidiado, estando de por medio la misma situación de hecho, si se considera que el servicio público esencial de salud se preste en igualdad de condiciones por todas las entidades....”. El demandante compara la situación de quienes después de expedida la norma pretendan constituir una ARS y señala que la disposición acusada excluye un tipo de ARS, las que tengan ánimo de lucro y sean administradas también con ese fin, y privilegia hacia el futuro a otro tipo de ARS, las que no tengan ánimo de lucro y por lo tanto no pueden ser administradas con ese fin.

En cambio, el concepto del Procurador propone que el análisis de igualdad también verse sobre otra clasificación establecida en el artículo acusado. Esta consiste en tratar de manera diferente a quienes constituyeron ARS con ánimo de lucro y las han venido administrando con este fin antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 y quienes después de haber entrado en vigencia dicha ley pretendan hacer lo mismo. En otras palabras, la clasificación que el Procurador considera inconstitucional es la de subdividir las ARS con ánimo de lucro en dos subgrupos: las creadas antes de dicha ley y “las nuevas ARS que sean creadas y autorizadas para operar el régimen subsidiado en el país”.

4.2.2. Si bien el argumento planteado por el Procurador suscita una cuestión constitucional relevante, la Corte no puede entrar a analizarla porque representa un nuevo cargo, no elevado por el demandante. Así lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporación en varias oportunidades.³³

No obstante, como lo efectos de la cosa juzgada de esta sentencia se limitan a los cargos expresamente analizados, la Corte podría estudiar esta cuestión en el evento de que se presentara una demanda al respecto.

VII. DECISIÓN

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

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el artículo 127 de la Ley 812 de 2003.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-No idoneidad para modificar todas las leyes en todos los ramos de la legislación (Salvamento de voto)

SEGURIDAD SOCIAL-Prestación por entidades privadas sin limitación alguna/ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Animo de lucro resulta inconstitucional/ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Modificación de situación jurídica (Salvamento de voto)

El artículo 48 de la Constitución Política permite que la seguridad pueda ser prestada también por entidades privadas sin limitación alguna, por lo que el ánimo de lucro no resulta contrario a la Constitución. Se estaría modificando la situación jurídica de unas personas que venían desempeñando una actividad bajo unos supuestos que ahora son eliminados.

Referencia: expediente D-4740

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Con todo el respeto que me merece la mayoría de la Corporación, me permito consignar las razones de mi salvamento de voto.

1. La norma demandada hace parte del Plan de Desarrollo y en mi sentir el Plan de Desarrollo no es el instrumento idóneo para modificar todas las leyes en todos los ramos de la legislación, mucho menos, para hablar de todo lo divino o de lo humano. El Plan de Desarrollo que en Colombia es sólo un plan de Gobierno, pues rige sólo para cuatro años, comprende un plan de inversiones públicas, que es la única parte que tiene prelación sobre las demás leyes (inciso 3 del artículo 341 de la Constitución Política) y aunque la Constitución no lo dice, las demás leyes son otras leyes de inversiones o las leyes de presupuesto, que es donde se plasman las inversiones anualmente. Principio de prelación que no es rígido, ya que la Constitución permite que la leyes anuales de presupuesto puedan aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la Ley del Plan (art. 341 inc. 3 de la C.P.).

2. El artículo 48 de la Constitución Política permite que la seguridad pueda ser prestada también por entidades privadas sin limitación alguna, por lo que el ánimo de lucro no resulta contrario a la Constitución. Se estaría modificando la situación jurídica de unas personas que venían desempeñando una actividad bajo unos supuestos que ahora son eliminados.

Fecha ur supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

1 Según informe secretarial de septiembre 11 de 2003, luego de vencido el término para intervenciones el 1° de septiembre del mismo año, el 10 de septiembre se recibió el

concepto de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. La Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, ACEMI, también extemporáneamente, presentó un escrito solicitando la inexecutable de la norma (el escrito se recibió el 7 de octubre de 2003, más de un mes después de vencido el término para la participación ciudadana, razón por la que no se incluye en este apartado).

2 El autor de este concepto no comparte la teoría de que las Cooperativas no tienen ánimo de lucro; sí lo tienen: sólo que se interpreta de otras maneras y las ganancias se reparten entre los cooperados con un criterio distinto al que se usa en las sociedades comerciales. Esta discusión es ajena al tema de concepto y está zanjada por la ley. Además, hay matices que se analizan adelante.

3 Ley 100 de 1993, artículo 215.- Administración del Régimen Subsidiado. Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. || Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio. || Parágrafo. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios.

4 Ley 100 de 1993, artículo 216.- Reglas Básicas para la Administración del Régimen de Subsidios en Salud. 1. La Dirección Seccional o local de Salud contratará preferencialmente la administración de los recursos del subsidio con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario tales como las Empresas Solidarias de Salud. || 2. Cuando la contratación se haga con una entidad que no sea propiedad de los usuarios como las Empresas Solidarias de Salud, la contratación entre las direcciones seccionales o locales de salud con las Entidades Promotoras de Salud se realizará mediante concurso y se regirá por el régimen privado, pudiendo contener cláusulas exorbitantes propias del régimen de derecho público. || 3. Un representante de los beneficiarios del régimen subsidiado participará como miembro de las juntas de licitaciones y adquisiciones o del órgano que hace sus veces, en la sesión que defina la Entidad Promotora de Salud con quien la dirección seccional o local de salud hará el contrato. El Gobierno Nacional reglamentará la materia especialmente lo relativo a los

procedimientos de selección de los representantes de los beneficiarios. || 4. Si se declara la caducidad de algún contrato con las Entidades Promotoras de Salud que incumplan las condiciones de calidad y cobertura, la entidad territorial asumirá la prestación del servicio mientras se selecciona una nueva Entidad Promotora. || 5. Los beneficiarios del sistema subsidiado contribuirán a la financiación parcial de la organización y prestación de servicios de salud, según su condición socioeconómica, conforme a la reglamentación que expida el Consejo de Seguridad Social en Salud. || 6. Las Direcciones locales de Salud, entre si o con las direcciones seccionales de salud podrán asociarse para la contratación de los servicios de una Entidad Promotora de Salud. || 7. Las Entidades Promotoras de Salud que afilien beneficiarios del régimen subsidiado recibirán de los fondos seccionales, distritales y locales de salud, de la cuenta especial de que trata el parágrafo del artículo 214, por cada uno de los afiliados hasta el valor de la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la presente Ley. Durante el período de transición el valor de la unidad de pago por capitación será aquel correspondiente al plan de salud obligatorio de que trata el parágrafo 2 del artículo 162 de la presente Ley. || Parágrafo 1. Los recursos públicos recibidos por las Entidades Promotoras de Salud y/o las Instituciones Prestadoras de Servicios se entenderán destinados a la compra y venta de servicios en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 60 de 1993. || Parágrafo 2. El 50 % de los recursos del subsidio para ampliación de cobertura se distribuirá cada año entre los beneficiarios del sector rural y las comunidades indígenas, hasta lograr su cobertura total.

5 La Corte resolvió declarar exequibles, por los cargos analizados, los artículo 215 y 216 de la Ley 100 de 1993. En la sentencia C-130 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se demandó nuevamente, entre otras normas, el artículo 215 de la Ley 100 de 1993 por las mismas razones; la Corte resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-1489 de 2000.

6 En la sentencia C-615-2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte resolvió declarar inexecutable varios apartes del artículo 65 de la Ley 715 de 2001, a continuación se resaltan: "Artículo 65.- Planes bienales de inversiones en salud. Las secretarías de salud departamentales y distritales prepararán cada dos años un plan bienal de inversiones públicas y privadas en salud, en el cual se incluirán las destinadas a infraestructura, dotación o equipos biomédicos que el Ministerio de Salud determine que sean de control especial. || Estos planes se iniciarán con la elaboración de un inventario completo sobre la oferta existente en la respectiva red, y deberán presentarse a los Consejos Territoriales de

Seguridad Social en Salud. Los Planes bienales deberán contar con la aprobación del Ministerio de Salud, para que se pueda iniciar cualquier obra o proceso de adquisición de bienes o servicios contemplados en ellos. || No podrán realizarse inversiones en infraestructura, dotación o equipos, que no se encuentren en el plan bienal de inversiones en salud. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la institución pública que realice inversiones por fuera del plan bienal, no podrá financiar con recursos del Sistema General de Participaciones el costo de la inversión o el de operación y funcionamiento de los nuevos servicios. Cuando las instituciones privadas realicen inversiones por fuera del plan bienal, no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. || El plan bienal de inversiones definirá la infraestructura y equipos necesarios en las áreas que el Ministerio de Salud defina como de control de oferta. Las instituciones públicas o privadas que realicen inversiones en estas áreas no previstas en el plan bienal, serán sancionadas. Los gerentes y las juntas directivas de las instituciones públicas podrán ser destituidos por mala conducta y las instituciones privadas no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

7 Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

10 La libertad de empresa ha sido definida en los siguientes términos por esta Corporación: “Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”. Sentencia C-524 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

11 Sobre lo que debe entenderse por libertad de competencia, la Corte ha señalado: “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 servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.” Sentencia C- 616 de 2001. (MP. Rodrigo Escobar Gil)

12 Sobre este punto la Corte ha hecho ver que “si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C.P. art. 13 y 333). Por consiguiente, es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental², como por ejemplo el de igualdad. Corte Constitucional, Sentencia SU- 157 de 1999.

13 Aclaración de voto de los magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis.

14 La Corte resolvió declarar exequibles, por los cargos estudiados, el primer inciso del artículo 51 de la Ley 715 de 2001 y la expresión “Las instituciones públicas que realicen inversiones en estas áreas no previstas en el plan bienal, serán sancionadas” del último inciso del artículo 65, también de la Ley 715 de 2001. Los artículos demandados eran los siguientes: (se subraya la parte demandada) “Ley 715 de 2001 (por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 [Acto Legislativo 01 de 2001] de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros); Artículo 51. Contratación de la prestación de servicios en el régimen subsidiado. Las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado. En el caso de existir en el municipio o distrito

respectivo hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial dicha proporción no será menor al 50%. Todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes. || Para efectos de racionalizar los costos se tendrá como marco de referencia las tarifas establecidas por el Ministerio de Salud.”; artículo 65. Planes bienales de inversiones en salud. Las secretarías de salud departamentales y distritales prepararán cada dos años un plan bienal de inversiones públicas y privadas en salud, en el cual se incluirán las destinadas a infraestructura, dotación o equipos biomédicos que el Ministerio de Salud determine que sean de control especial. || Estos planes se iniciarán con la elaboración de un inventario completo sobre la oferta existente en la respectiva red, y deberán presentarse a los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud. Los Planes bienales deberán contar con la aprobación del Ministerio de Salud, para que se pueda iniciar cualquier obra o proceso de adquisición de bienes o servicios contemplado en ellos. || No podrán realizarse inversiones en infraestructura, dotación o equipos, que no se encuentren en el plan bienal de inversiones en salud. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la institución pública que realice inversiones por fuera del plan bienal, no podrá financiar con recursos del Sistema General de Participaciones el costo de la inversión o el de operación y funcionamiento de los nuevos servicios. Cuando las instituciones privadas realicen inversiones por fuera del plan bienal, no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. || El plan bienal de inversiones definirá la infraestructura y equipos necesarios en las áreas que el Ministerio de Salud defina como de control de oferta. Las instituciones públicas o privadas que realicen inversiones en estas áreas no previstas en el plan bienal, serán sancionadas. Los gerentes y las juntas directivas de las instituciones públicas podrán ser destituidos por mala conducta y las instituciones privadas no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.” En este caso la Corte también resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-791 de 2002 que declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 46 de la Ley 715 de 2001 y en la sentencia C-615 de 2002 que declaró la inexecuibilidad de las siguientes expresiones contenidas en el artículo 65 de la Ley 715 de 2001: “y privadas en salud” del inciso primero, “Cuando las instituciones privadas realicen inversiones por fuera del plan bienal, no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud” del inciso tercero, “o privadas” así como “y las instituciones privadas no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud” del inciso cuarto. La Corte

también se inhibió para decidir de fondo sobre la constitucionalidad de la expresión “Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la institución pública que realice inversiones por fuera del plan bienal, no podrá financiar con recursos del Sistema General de Participaciones el costo de la inversión o el de operación y funcionamiento de los nuevos servicios” del inciso tercero del artículo 65 de la Ley 715 de 2001. (La sentencia C-1073 de 2002 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández] resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-915 de 2002).

15 Aclararon su voto Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araujo Rentería.

16 Los cargos planteados fueron los siguientes: “¿Resulta contrario a las garantías constitucionales de la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libre competencia que determinados proyectos de inversión de las Instituciones Prestadoras de Salud privadas se sometan, dentro de un régimen de control especial de oferta a cargo del Ministerio de Salud, a la previa aprobación de ese ministerio? || ¿La expresión demandada, en cuanto que comporta la imposición de un límite a la libertad económica, para la fijación de cuyos fines y alcances se faculta al Ministerio de Salud, resulta violatoria de lo previsto en el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución?”

17 Los problemas analizados por la Corte en la sentencia C-974 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) fueron los siguientes: “Para el demandante, la expresión acusada es contraria a la Constitución por cuanto (i) desconoce la reserva de ley prevista en el numeral 21 del artículo 150 Superior, (ii) es contraria a los objetivos de la intervención del Estado en la economía previstos en el artículo 334 de la Carta, en particular porque tiene un impacto negativo sobre la calidad de los servicios de salud que los particulares estarían en condiciones de prestar a los usuarios, y porque incide negativamente en la ampliación de la cobertura de los servicios de salud, y (iii) limita de manera irrazonable y desproporcionada la iniciativa privada y la libre empresa, con lo cual se desconoce lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución.”

18 La Corte reiteró lo dispuesto en la sentencia C-615 de 2002 según la cual “(...) a la hora de evaluar la tensión entre el interés público y el privado presente en las normas de intervención económica, el juez constitucional debe acudir a criterios de proporcionalidad y razonabilidad que, dando prevalencia al interés general y la vigencia del principio de

solidaridad, no desconozcan el núcleo esencial de las libertades económicas, cuyo reconocimiento, en últimas, también se establece por motivos de interés colectivo.”(C-615 de 2002) La Corte reiteró que una intervención de este tipo debe cumplir con los siguientes requisitos: “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía [T-291/94]; iv) debe obedecer al principio de solidaridad[T-240/93]; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad[C-398/95].”

19 La Corte señaló que “(...) la racionalidad de la inversión pública es distinta de la privada. En la asignación pública de recursos prima la consideración del rendimiento social. El Estado concurre a la prestación de los servicios que requiera la colectividad, incluso si los mismos no son rentables en términos financieros. Por ello la base de la inversión pública es la planeación pública, que identifica necesidades sociales y fuentes de recursos, así como las prioridades en la atención de las primeras y en la destinación de los segundos. || La inversión privada, por su parte, se basa en la sostenibilidad de la inversión financiera, la cual debe generar un margen para el empresario que compense el costo de oportunidad de los recursos. En este caso la asignación de recursos obedece a consideraciones en torno a la demanda de bienes y servicios, la disponibilidad de recursos para ofrecer una respuesta a esa demanda y el costo de los mismos, y la perspectiva de una ganancia financiera para el empresario. Esa racionalidad de la inversión privada puede ponerse al servicio de los intereses generales, no solo por las ventajas implícitas en la satisfacción de necesidades, generación de empleo y en general de actividad económica que pueden originarse en la iniciativa privada, sino en virtud de las explícitas medidas que en determinados sectores, como el de la salud, se adopten por el Estado para conciliar el interés privado y el sistema de libre empresa con las necesidades públicas, mediante instrumentos de regulación, vigilancia y control.”

20 En este caso la Corte resolvió declarar inexecutable las expresiones “, sean” y “o privadas,” del parágrafo 1° del artículo 54 de la Ley 715 de 2001. La norma decía: “artículo 54.- (...) Parágrafo 1. Para garantizar la efectiva organización y operación de los servicios de salud a través de redes, los planes de inversión de las instituciones prestadoras de salud públicas deberán privilegiar la integración de los servicios. Para el conjunto de servicios e instalaciones que el Ministerio de Salud defina como de control especial de oferta, las Instituciones Prestadoras de Salud (, sean) públicas (o privadas,) requerirán de la aprobación

de sus proyectos de inversión por el Ministerio de Salud.”

21 Aclaración de voto de los magistrados Jaime Araujo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra.

22 La Corte resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-915 de 2002 que declaró la exequibilidad del inciso primero del artículo 51 de la Ley 715 de 2001 en relación con los cargos por violación del artículo 333 de la Constitución, y resolvió declarar la exequibilidad del primer inciso del artículo 51 de la Ley 715 de 2001.

23 En este caso la Corte resolvió declarar exequibles los artículos 44, 45 y la expresión “(...) y con base en los recursos provenientes de las inversiones forzosas establecidas por la presente ley (...)”, contenida en el párrafo 4º del artículo 41, de la Ley 546 de 1999 (por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones), por los cargos formulados.

24 La Corte resolvió declarar exequible el artículo 216 de la Ley 100 de 1993, según la cual una de las “Reglas Básicas para la Administración del Régimen de Subsidios en Salud” es que la “1. La Dirección Seccional o local de Salud contratará preferencialmente la administración de los recursos del subsidio con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario tales como las Empresas Solidarias de Salud (se subraya el texto demandado), condicionado a que se entienda que, en todos los casos, todas las administradoras del régimen subsidiado (ARS) interesadas en administrar los recursos del subsidio deben participar en el concurso convocado por las direcciones seccionales o locales de salud para contratar dicha administración, y que solamente cuando se presente una igualdad de condiciones entre las participantes debe preferirse a aquella que sea una administradora de carácter comunitario, como lo son las empresas solidarias de salud.”

25 Constitución Política de Colombia; artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. || (...) || 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. || La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.; artículo 334.- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para reconciliar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. (...). (acento fuera del original)

26 En la sentencia T-291 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte indicó que “(...) las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de este derecho.” (acento fuera del original) En el caso concreto también analizó el derecho a la igualdad. Se consideró que “[l]a actuación de la Alcaldía de Armenia vulneró el derecho a la igualdad de oportunidades del petente, al dar un tratamiento diferente a la calle donde está situado su local comercial - zona céntrica -, sin justificación objetiva y razonable. No puede la autoridad pública establecer diferencias de trato sin justificación objetiva y razonable entre agentes económicos dedicados a un mismo género de actividad - Casino Bingo de Armenia y T.V. Bingo Familiar -, a riesgo de colocar a alguno de ellos en situación de desventaja, vulnerando así el derecho constitucional de la igualdad (CP Art. 13)”

27 Constitución Política, artículos 333 y 334.

28 Corte Constitucional, sentencia T-291 de 1994. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta sentencia la Corte consideró que “[l]as actuaciones administrativas de autorización y control, sean regladas o discrecionales, deben estar soportadas en motivos conocidos y poder ser jurídicamente fundamentadas y judicialmente controlables, según criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de erradicar cualquier asomo de arbitrariedad. El incumplimiento de estas exigencias significaría, por otra parte, la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, hipótesis que entrará a analizarse inmediatamente en relación con las actuaciones de la autoridad pública acusada.” Corte Constitucional, sentencia C-398 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). En este fallo “(...) insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de

manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado.” Con relación a la norma acusada en esta oportunidad, dijo la Corte: “En el caso de la disposición enjuiciada, si bien no estamos frente a una intervención estatal directa en la economía con base en un mandato de la ley, es claro que se trata del desarrollo de facultades extraordinarias para adecuar la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con el objeto de hacerla posible y efectiva, así como para facilitar que se cumplan los aludidos fines constitucionales y los de la Ley 101 de 1993, que necesariamente exigen comprender la libertad económica en su cabal sentido, no absoluto ni exento de controles, ni excluido de las políticas económicas del Estado, sino razonable y adecuado a la finalidad social que la inspira y la condiciona.”

29 La Defensoría [Delegada para la Salud y la Seguridad Social] verificó que sí existía un déficit en la financiación del régimen subsidiado, que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sí había efectuado los correspondientes giros a los Departamentos y a los Municipios, y que los representantes de los entes territoriales reconocían en forma expresa y definitiva el no haber girado las sumas a su cargo, sin poder ofrecer razones que justificaran esa situación (Resolución Defensorial N° 006 de 2001).

30 “En el sector salud las fallas de mercado son más extendidas que en ningún otro sector, especialmente por las imperfecciones de la información. Poner en práctica un sistema de regulación apropiado es complejo en este contexto de asimetría de información. En efecto, la Superintendencia de Salud y el CNSSS no cuentan con los sistemas de información adecuados para controlar el sistema y para que mediante incentivos se garantice que las instituciones aseguradoras y prestadoras ajusten su comportamiento al interés colectivo. || Esta ha sido la mayor debilidad del sistema en Colombia y ha generado grandes deficiencias en el servicio. Los agentes privados han actuado en función del lucro, afectando la calidad, oportunidad y eficiencia del servicio, sin que el Estado haya podido regular efectivamente tal actividad. (...)”

31 [a] Un estudio realizado por la Fundación Corona, la Fundación Social, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Pontificia Universidad Javeriana, titulado Evolución y

resultados del Régimen Subsidiado de Salud en Colombia 1993 - 2000 concluyó: “Cuando comparamos los resultados [de las ARS] por tipo de asegurador, [ESS / EPS / Cajas de Compensación] encontramos que las empresas que se desempeñan únicamente en la administración del régimen, aparecen como las que tienen un menor costo unitario para el manejo del POS-S. Cuando se analizan los gastos generales de los diferentes tipo, se encuentra que tanto las cajas como las EPS tienen una desventaja con las ESS. Dentro de esas empresas es importante evaluar los criterios que están siguiendo para transferir los diferentes costos. Aparentemente, esta asignación está castigando la estructura de costo para la administración del POS-S.” Para llegar a esta conclusión tuvo en cuenta, entre otras consideraciones, la siguiente: “Cuatro son las empresas solidarias ESS que con seis operaciones hacen parte del estudio. El costo promedio para la Administración del POS-S es 14.8%, ligeramente por debajo del valor restante de la UPC-S disponible para su gerencia. || (...) || Las Cajas de compensación familiar aportaron el mayor tipo, con siete. Estas empresas realizaron once operaciones en los municipios de estudio. || El costo promedio de las cajas es 21.1%, seis puntos porcentuales por encima de las empresas solidarias de salud. || (...) || Cuatro fueron las EPS que participaron del estudio. Estas realizaron 16 operaciones durante 1999, en las ciudades de estudio. El costo promedio administrativo para el manejo del POS-S en estas empresas es 23.4%, el más alto por tipo y más de ocho puntos porcentuales del 15% que resta de la unidad de pago por capitación.” [b] En el Informe consolidado de auditorias, presentado por la Dirección de Estudios Sectoriales de la Contraloría Delegada para el Sector Social se concluye que “Los problemas de liquidez de la red de prestadores de servicios de salud surgen porque no hay un flujo efectivo de los recursos. La demora es causada por deficiencias en los procedimientos y en el cumplimiento de los requisitos para que los recursos circulen desde el Ministerio de Salud a las entidades territoriales, de allí a las ARS para llegar finalmente a las IPS. Esto sin olvidar que se presentan problemas de corrupción en las entidades públicas y privadas que profundizan el problema.” [c] En el estudio de la Organización Panamericana de la Salud, La salud en las Américas (volumen II) de 2002, se estudia entre otros, el caso colombiano, llegando entre otras a las siguientes conclusiones: “Con la aplicación de la reforma institucional de los servicios de salud, se ha observado la tendencia de los establecimientos a operar aisladamente, y esto conspira contra el funcionamiento conjunto en red de las estrategias de ataque a los problemas de salud de la comunidad. (...) || Súmase a ello que la descentralización hacia el mercado de los servicios de salud no es coherente con la división

político administrativa del país y ha impedido que se armonicen las lógicas de la democracia y la participación (basadas en las leyes de organización y funcionamiento de municipios y departamentos), de la epidemiología (basada en poblaciones y espacios definidos geográficamente en un período determinado), y de los servicios (basada en los niveles de resolución tecnológica articulados en estrategias de ataque y en economías de escala) con la lógica del mercado, que no se acomoda necesariamente a un espacio poblacional ni geográfico y cuyos objetivos son el lucro y la rentabilidad económica. A esto se debe que las empresas promotoras de salud se dediquen a fortalecer su patrimonio institucional creando nuevas instituciones prestadoras de servicios, que se instalan con la finalidad de ganar mercado y no la de satisfacer necesidades de acceso a la atención de la salud en zonas desprotegidas.” [d] La Dirección General de Salud Pública del entonces Ministerio de Salud (ahora de la Protección Social) presentó el Análisis anualizado de la gestión de las administradoras del régimen subsidiado frente a las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública (abril 2001 – marzo 2002), en donde concluyó: “En relación con los contratos de administración del régimen subsidiado, resulta evidente una alta dispersión de contratos, tanto a nivel espacial como temporal, que constituyen una gran carga administrativa, de control y evaluación para las entidades territoriales y las administradoras del régimen subsidiado, esta dinámica de la contratación exige de las ARSs alto nivel de organización en la prestación de los servicios y en la inducción de la demanda para evitar que la misma impacte negativamente la cobertura de la población. Es preciso estudiar la dinámica de este proceso y buscar alternativas de acción que reduzcan el esfuerzo para las organizaciones.”

32 Corte Constitucional, sentencia C-741 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda) en la cual se declaró exequible que las empresas de servicios públicos domiciliarios deban ser “sociedades por acciones”.

33 Ver al respecto, entre otras, las sentencias C-904 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-018 de 2004 (M.P: Manuel José Cepeda). En estos casos la Corte se inhibió para pronunciarse de fondo por cuanto la demanda no presentaba cargos susceptibles de ser objeto de estudio en sede de constitucionalidad.