

Sentencia C-262/13

GASTOS DE ADMINISTRACION DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD-Prohibición de utilizar recursos del sector salud para adquirir activos fijos o en actividades distintas a la prestación de servicios de salud/RECURSOS QUE ADMINISTRAN LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD-Destinación exclusiva a la prestación de servicios de salud

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participación de particulares

El artículo 48 constitucional permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio. Así, este precepto se refiere a los particulares en dos oportunidades: en el inciso tercero para señalar que el Estado, con la participación de los particulares, debe ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, y en el inciso cuarto, cuando señala que el servicio podrá ser prestado por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. En el ámbito de la cobertura de las contingencias relacionadas con la salud, el artículo 49 superior indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, quienes quedarán sujetas a su vigilancia y control, así como definir las competencias de dichas entidades. Estas disposiciones muestran que la participación de los particulares en la prestación del servicio de seguridad social, y específicamente en el ámbito de la salud, está condicionada a la regulación, vigilancia y control del Estado. En otras palabras, si bien es cierto la Constitución permite la participación de los particulares, éstos deben sujetarse a las reglas que establezca el Estado –a través del Congreso y el Ejecutivo-, quien puede definir los alcances de su participación con sujeción a la Carta Política, y someterse a su vigilancia y control. Además, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el poder de regulación de las libertades económicas en el ámbito del SGSSS es reforzado, en vista del interés público que reviste el servicio y su relación con la realización de varios derechos fundamentales, como la salud

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Papel de los particulares respecto de la ampliación de la cobertura

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Naturaleza y destino de los recursos,

específicamente de UPC que se reconoce a las EPS

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance de la obligación de ampliación progresiva

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Elementos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes/CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Características

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Jurisprudencia constitucional/DEMANDA DE CONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Elementos

En materia de omisión legislativa relativa, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la demanda debe generar al menos un principio de duda de orden constitucional sobre la existencia de los siguientes elementos: (i) la existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo, en particular, esta Corporación ha precisado que el cargo debe referirse a un contenido normativo existente; (ii) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma acusada de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta; (iii) la ausencia de una razón suficiente para tal exclusión; (iv) la creación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos de la regulación o la violación alguno de sus derechos fundamentales; y (v) la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al Legislador a contemplar los casos o ingredientes excluidos; la Corte ha precisado que sin deber no puede haber omisión.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Deberes del Estado

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA PARA REGULAR LA PARTICIPACION DE PARTICULARES EN SGSSS-Jurisprudencia constitucional

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Fuentes de financiación

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD-Reglas a las que deben sujetarse para la administración de los recursos

ESTRUCTURA FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Jurisprudencia constitucional/RECURSOS PARAFISCALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL-Destinación específica/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Recursos tienen carácter parafiscal

OBLIGACION DE AMPLIACION PROGRESIVA DE LA COBERTURA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL-Contenidos prestacionales sometidos al principio de progresividad y no regresión

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Jurisprudencia constitucional

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD-Naturaleza de los recursos

GASTOS DE ADMINISTRACION DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD-Contenido y alcance

PRINCIPIO DE UNIDAD NORMATIVA-Aplicación/INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Procedencia

En casos excepcionales de control abstracto, la Corte Constitucional ha encontrado necesario integrar al juicio de constitucionalidad que adelanta, preceptos que no han sido censurados. Esta posibilidad ha sido denominada integración de la unidad normativa. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la integración normativa puede llevarse a cabo cuando: (i) el precepto demandado no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderlo y aplicarlo resulta imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) la disposición cuestionada es reproducida en otros preceptos del ordenamiento que no fueron demandados; o (iii) la disposición censurada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra respecto de la cual se yerguen serias sospechas de constitucionalidad. En esta última hipótesis, se requiere además “(i) en primer lugar, la existencia de una estrecha e íntima relación entre la norma demandada y algunas otras disposiciones no demandadas, con las cuales formaría una unidad normativa; y (ii) que respecto de las disposiciones no demandadas emerjan a primera vista serias dudas o cuestionamientos respecto de su constitucionalidad”. Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que la integración de la unidad normativa en

un juicio de control de constitucionalidad puede ser llevada a cabo de oficio por la Corporación cuando sea necesario para evitar un pronunciamiento inocuo. Esta posibilidad tiene carácter excepcional, especialmente en los escenarios de control rogado, ya que en estos casos el pronunciamiento de la Corte debe sujetarse al objeto y los cargos señalados en la demanda.

Referencia: expediente D-9095

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

Demandante: Jhonny Fabián Ospina Lozano

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia con fundamento en los siguientes:

1. ANTECEDENTES

El ciudadano Jhonny Fabián Ospina Lozano, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

Mediante auto del 17 de mayo de 2012, la demanda fue inadmitida por ausencia de

pertinencia. El ciudadano la corrigió oportunamente, y por medio de auto del 22 de junio de 2012, finalmente fue admitida. En consecuencia, el Magistrado sustanciador solicitó al entonces Ministerio de la Protección Social, indicar las razones que fundamentaron la expedición de la disposición acusada. También ordenó fijar la demanda en lista para que los ciudadanos pudiesen defender o impugnar el precepto acusado, así como comunicar el inicio del proceso al entonces Ministerio de la Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI), a la Asociación Salud al Derecho, a la Federación Médica Colombiana, a la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a las universidades Pontificia Bolivariana, Javeriana, del Rosario, del Sinú, Externado de Colombia y Sergio Arboleda, para que si lo estimaban conveniente, participaran en el debate jurídico propiciado. Finalmente, se dio traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su cargo en los términos que le concede la ley.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir la demanda de la referencia.

1.1. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada, se subraya el aparte acusado:

“ARTÍCULO 23. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen Subsidiado seguirá manejando el 8%.”

El demandante considera que el inciso acusado vulnera el artículo 48 de la Constitución, por las siguientes razones:

1.2.1. En primer lugar, describe la función de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y su forma de financiación. Asegura que las EPS “(...) son entidades aseguradoras que asumen el riesgo de la atención en salud de sus usuarios, en desarrollo de lo cual deben organizar la prestación de servicios asistenciales, y destinar la UPC que mensualmente reciben para cubrir las cuentas médicas que se generan por los servicios que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestan a sus afiliados”[1].

Sostiene que la Unidad de Pago por Capitación (UPC), fuente de financiación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud (POS) que deben garantizar las EPS, “(...) tiene una vigencia temporal que se cumple y agota cada mes cuando se ejecutan las finalidades de pago de cuentas médicas y se lleva a cabo la constitución de las provisiones definidas en la Ley” [2]. Argumenta que una vez agotada tal destinación legal, “(...) las EPS pueden utilizar los excedentes de tales recursos en el desarrollo de infraestructura propia con la cual ampliar y atender la prestación de servicios de salud para sus afiliados, esto último, a partir del hecho que los excedentes de la UPC dentro del modelo de aseguramiento, constituyen una legítima garantía de la entidad”[3].

Explica además que uno de los objetivos de la seguridad social, según la Constitución, es ampliar la cobertura de la prestación de los servicios, razón por la cual la ley 100 permitió a las EPS tener IPS propias para prestar servicios de salud a sus afiliados, con una limitación del 30% de su gasto, de conformidad con el artículo 15 de la ley 1122.

1.2.2. En este contexto, arguye que el precepto demandado, en tanto “(...) restringe de forma absoluta el uso [por las EPS] de los recursos del sistema de salud para toda compra de activos fijos”, vulnera el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución. Los argumentos en los que fundamenta este cargo son los siguientes[4]:

1.2.2.1. Alega que el inciso tercero del artículo 48 superior tiene el siguiente contenido normativo: (i) impone al Estado con la participación de los particulares –sujetos obligados-, (ii) la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, y (iii) asigna al Legislador la responsabilidad de definir la forma como se materializará dicha obligación.

1.2.2.2. Alega que el aparte acusado desconoce el primer contenido normativo –sujetos responsables de la obligación-, ya que excluye a los particulares del cumplimiento del deber constitucional de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social.

En su criterio, la Constitución impone la obligación de que el Estado y los particulares participen de manera mancomunada en la ampliación de la cobertura, como una manifestación del Estado Social de Derecho, uno de cuyos pilares es la participación. Al respecto, sostiene:

“Respecto del primero de ellos; esto es, del sujeto responsable de la obligación, es menester mencionar que el constituyente consideró que el deber que estableció la norma debe ser ejecutado de forma conjunta, es decir, corresponde al ‘... Estado con la participación de los particulares...’. Entonces, ambos sujetos deben de manera mancomunada ampliar la cobertura de la Seguridad Social. Nótese que la Carta no asigna la tarea al Estado de forma exclusiva ni la delega tampoco totalmente a los particulares, sino que dispone que ambos sectores, ejecuten conjuntamente la obligación Constitucional.”[5]

Explica que si bien es cierto la Constitución no define el origen de los recursos que deben emplearse para el cumplimiento de la obligación de ampliación de la cobertura, tal origen se desprende de la condición de los sujetos responsables, “(...) puesto que al ser el Estado con la participación de los particulares, responsables conjuntos de la ampliación de la cobertura de la Seguridad Social, en tal cometido deben forzosamente confluir tanto recursos públicos como recursos privados”. [6]

1.2.2.3. Respecto al segundo contenido normativo –obligación de ampliación progresiva de la cobertura-, advierte que “(...) comporta extender no solo el número de ciudadanos que tienen acceso al sistema, sino también las instituciones en las que estos reciben los servicios que brinda la Seguridad Social, de forma que haya suficientes instituciones en las cuales todos los ciudadanos puedan recibir las atenciones que requieren”[7]. Agrega que el imperativo de ampliación de la cobertura en estos términos, también emana de obligaciones supranacionales adoptadas por el Estado colombiano, como el Código Iberoamericano de la Seguridad Social incorporado mediante la ley 516 de 1999.

Asevera que el Legislador, al aprobar el precepto acusado, desconoció este segundo contenido normativo, pues no tuvo en cuenta la insuficiencia de la red hospitalaria del país –que es documentada por estudios de organismos internacionales[8] y del antiguo Ministerio de la Protección Social[9]-, ni que el limitar el uso de los recursos de la UPC por las EPS –el demandante circunscribe su cargo a esta fuente de recursos y a estos participantes del SGSSS- para la ampliación de la infraestructura, restringe el acceso de los usuarios a una red eficiente de prestación de servicios de salud. Al respecto, explica:

“3.1.4. Con la expedición del artículo 23 inciso 2 de la Ley 1438 de 2011, norma demandada en esta acción pública, se estableció una prohibición absoluta para que ambos regímenes del sistema de salud, los recursos que reciben las EPS se usaran para la adquisición de activos fijos, o en actividades distintas a la prestación de servicios asistenciales.

(...)

Como resultado de esta norma, las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes, deben entonces limitarse al pago de las facturas por prestación de servicios de salud y no pueden utilizar los recursos de la Unidad de Pago por Capitación para adquirir activos fijos u otros bienes o insumos destinados a la prestación de servicios asistenciales, lo que les impide ampliar progresivamente la red de instituciones de prestación de servicios de salud, y participar con el estado en esta labor”[10] (negrilla fuera del texto).

También alega que el inciso 2 del artículo 23 de la ley 1438, al restringir el uso de la UPC para efectos de ampliación de la cobertura, elimina –sin creación de un medio sustituto- “(...) el único mecanismo de gestión conjunta del Estado y los particulares que permitía la creación progresiva de nuevas instituciones de salud para la prestación de servicios de

salud”[12]. Asegura que:

“(…) el legislador olvidó que de las fuentes de recursos con las que cuenta el sistema de salud, el único que permite la participación conjunta del Estado y los particulares en la ampliación progresiva de la cobertura en la prestación de servicios, es la UPC, pues los demás recursos públicos del sector, tales como los correspondientes al sistema general de participaciones o a las rentas cedidas a los entes territoriales, e incluso los recursos propios de las entidades territoriales, tienen por definición legal destinaciones diferentes a la ampliación progresiva de la cobertura en la prestación de servicios de salud. En igual sentido, los particulares eventualmente cuentan con recursos para hacer ampliaciones de cobertura en instituciones de prestación de servicios de Seguridad Social en salud, pero lo hacen de forma puntual, ocasional y no progresiva como lo ordena la Constitución.

(…) después de la expedición de la norma demandada, la orden constitucional de ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social en la prestación de servicios, resulta incumplida por inexistencia de recursos para llevarse a cabo, y dependa exclusivamente de la gestión individual, puntual y ocasional del estado o de los particulares realicen (sic).”[13]

1.2.2.4. Por último, el demandante asevera que la disposición demandada adolece de una omisión legislativa relativa derivada del incumplimiento del tercer contenido normativo del inciso tercero del artículo 48 de la Carta. En criterio del demandante, esta omisión se presenta “(…) dado que la norma parcialmente prohíbe el mecanismo previamente establecido en la Ley 100 de 1993, pero no desarrolla otro que lo sustituya y con el cual se dé cumplimiento al precepto constitucional, que le impone determinar la forma como debe ampliarse la cobertura de la Seguridad Social”[14]

1.3. INTERVENCIONES DE ENTIDADES PÚBLICAS

1.3.1. Superintendencia Nacional de Salud

Solicita que el precepto acusado de declare exequible, por las siguientes razones:

1.3.1.1. En primer lugar, explica que la seguridad social y la salud son servicios públicos, cuya prestación se debe realizar bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Indica

que si bien su prestación no es un deber exclusivo del Estado, éste sí tiene la responsabilidad de asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente. Señala que cuando los particulares concurren a la prestación de los servicios, en tanto actividades de interés público, están sujetos a normas de orden público y a responsabilidades mayores.

1.3.1.2. A continuación recuerda que el artículo 48 de la Constitución dispone que “[n]o se podrán destinar ni utilizar los recursos de las Instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”, y asegura que según varios fallos de la Corte Constitucional y la normativa vigente, las UPC no son recursos o rentas propias de las EPS, sino recursos parafiscales de la seguridad social que deben aplicarse a la prestación directa de los servicios. Sostiene que actividades como la compra de activos fijos o la amortización de obligaciones financieras ajenas a la prestación del servicio público, deben ser atendidas con recursos propios de las EPS, producto de su legítima ganancia, de aportes de capital de los socios, o de otras fuentes, pero en ningún caso de las UPC.

1.3.1.3. Asegura que la ley ha establecido la facultad de la Administración de establecer límites y controles al manejo de recursos públicos por las EPS, y la posibilidad de adoptar medidas preventivas y correctivas para garantizar su adecuado uso, sin que ello signifique un desconocimiento de su libertad económica o de empresa. Recuerda, que estas libertades deben ceder ante el interés general y que el Estado tiene una amplia libertad de intervención en materia económica para alcanzar fines constitucionales, como lo señaló recientemente la Sección Primera del Consejo de Estado –sentencia del 30 de julio de 2009– al denegar la solicitud de nulidad de una resolución de la Superintendencia Nacional de Salud que prohíbe que se financien con cargo a la UPC inversiones con carácter permanente en otras entidades o en la misma organización, salvo que tengan relación con la organización del servicio o el cumplimiento de deberes legales. Esta posición fue reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del pasado 22 de mayo de 2012.

1.3.2. Ministerio del Interior

1.3.2.1. En primer lugar, alega que la demanda adolece de elementos que permitan adelantar un juicio de constitucionalidad, de modo que solicita un fallo inhibitorio. En criterio

del Ministerio, “(...) la carga argumentativa carece de la sustentación necesaria para adelantar un juicio de constitucionalidad, pues el elemento básico de su acción tiene sustento en el tratamiento que se le quiere dar que la norma reviste el carácter de recurso parafiscal, lo cual además le imprime el sentido de falta de congruencia en el cargo; de la misma forma el sentido que se le quiere dar al instituto de la ‘UPC’, cuando el legislador, quien detenta la cláusula general de competencia le dio otro matiz a la norma”[15]. En consecuencia, afirma que los cargos del demandante “(...) no corresponden al sentido de objetividad de la norma cuestionada, sino a evaluaciones personales”[16], de forma que carecen de certeza.

1.3.2.2. En segundo lugar, defiende la constitucionalidad de la disposición demandada, con fundamento en los siguientes argumentos:

Explica cuáles fueron los objetivos que guiaron la adopción de la ley 1438 y aclara que ésta no dispone que no se pueda ampliar la cobertura, sino que persigue que los recursos de la UPC no se distraigan de su destino. Por tanto, asegura que el precepto es acorde con los principios del Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales y con la consagración constitucional de la seguridad social.

De otro lado, después de reiterar que no se formuló un cargo concreto sobre el desconocimiento de la libertad de empresa, señala que en todo caso no se vulnera ya que “(...) las Empresas no pueden manejar de forma caprichosa los dineros de la salud”[17].

Por último, indica que los recursos de la UPC son del sistema y no de las EPS, de modo que deben destinarse a su función propia, y señala que, como indicó la Sección Primera del Consejo de Estado, es un hecho notorio que la dilación en los pagos de las EPS a las IPS no se debe solamente a la demora de los recobros ante el Fosyga, sino también al uso de los recursos parafiscales a actividades distintas al aseguramiento, como inversiones en el exterior, operaciones de leasing, contratos de compraventa de clínicas y edificios, adquisición de equipos hospitalarios, etc., lo cual justifica la expedición del precepto demandado.

1.3.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Defiende la constitucionalidad del inciso demandado, con fundamento en los siguientes

argumentos:

1.3.3.1. Afirma que la disposición acusada busca que la UPC solo se utilice para garantizar correctamente el acceso a los servicios de salud de los afiliados, atendiendo a su naturaleza parafiscal.

1.3.3.2. Rechaza el argumento del demandante en el sentido de que la parafiscalidad de la UPC es temporal. El Ministerio, con sustento en sentencias de la Corte Constitucional y normativa vigente, indica que la UPC conserva su naturaleza parafiscal y en ningún caso se convierte en recursos privados. Explica que su finalidad no es simplemente el pago de los servicios administrativos que prestan las EPS, sino la financiación de los costos de los servicios de salud comprendidos en los planes obligatorios.

1.3.3.3. De otro lado, recuerda que el legislador tiene amplia libertad de configuración en materia de seguridad social y que, en todo caso, las libertades económicas no son absolutas y están limitadas por el interés general. En este contexto, aduce que la limitación de las libertades económicas de las EPS que se desprende del precepto demandado es proporcional, ya que (i) está justificada, dado que busca salvaguardar los recursos del SGSSS, los cuales se han visto amenazados en el pasado por prácticas como la prohibida precisamente por el inciso acusado; y (ii) no elimina la posibilidad de las EPS de adquirir activos fijos, “(...) lo que hace es que la limita a que tal adquisición sea sólo con recursos propios de las empresas y no con recursos del SGSSS”[20].

1.3.3.4. Finalmente, pese a que defiende la constitucionalidad del precepto, el Ministerio solicita un fallo inhibitorio, puesto que considera que la demanda se fundamenta “(...) principalmente en un contenido normativo que no emana del texto de las disposiciones constitucionales supuestamente violadas, sino que surge de una interpretación subjetiva, distinta a la que contempla el tenor jurídico de dichas disposiciones”[21]. Además, alega que los argumentos no son claros, específicos, pertinentes ni suficientes –no explica las razones de esta apreciación.

1.3.4. Ministerio de Salud y Protección Social

1.3.4.1. De forma extemporánea, alega en primer lugar la ineptitud sustantiva de la demanda, por falta de pertinencia y suficiencia del cargo por violación del artículo 48

superior. A juicio del Ministerio, (i) la inconformidad del actor es de orden legal y no constitucional, “(...) porque la norma desde aquel punto de vista, aun desde sus antecedentes legislativos cuando señala los errores que en su criterio incurrió el legislador para su expedición, pero deja de un lado la argumentación que debe asistir para confrontarla con la Carta Política”[22]; (ii) la argumentación se fundamenta en razones de conveniencia, pues lo que se persigue es que se declare inconstitucional el precepto para “(...) poder ampliar la cobertura (...) debido a la necesidad que asiste a la población”[23]; y (iii) el planteamiento es insuficiente, ya que solamente ofrece un argumento por violación del artículo 48 sin mayores elementos de juicio.

1.3.4.1.1. De forma subsidiaria, defiende la constitucionalidad del precepto, por las siguientes razones: Asevera que el inciso demandado desarrolla el artículo 48 de la Carta, así como los artículos 9 y 212 de la ley 100, pues busca evitar el desvío de los recursos del sistema. Precisa que “(...) si bien no hay prohibición legal para que las EPS presten los servicios de salud a través de los activos fijos que tengan para ese fin, ello no quiere decir que los recursos con los que hacen las inversiones en dichos activos fijos, puedan ser los recursos parafiscales del sistema”[24]. Finalmente, recuerda que la Superintendencia Nacional de Salud ya había clasificado la práctica que prohíbe la disposición como insegura e ilegal.

1.4. OTRAS INTERVENCIONES

1.4.1. Ciudadana Alba Patricia Céspedes Sanabria

Solicita que el precepto demandado sea declarado inexecutable, por las siguientes razones:

1.4.1.1. Asegura que el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438 viola el artículo 13 superior, ya que conlleva un trato discriminatorio para las EPS respecto de otras entidades del Sistema General de Seguridad Social que también manejan recursos parafiscales, como las cajas de compensación familiar.

Argumenta que la ley 21 de 1982 autoriza a las cajas de compensación familiar -entidades privadas- a apropiarse recursos parafiscales -los provenientes del subsidio familiar- para ampliar su infraestructura de prestación de servicios, la cual comprende oficinas

administrativas, supermercados, teatros, auditorios, centros vacacionales, etc.

Indica que un tratamiento similar se había dado a las EPS en la ley 100, pero la ley 1438 lo eliminó al prohibir el uso de la UPC para el desarrollo de la infraestructura de las EPS. En sentir de la interviniente, este trato diferenciado no tiene justificación, toda vez que tanto las cajas de compensación familiar como las EPS “(...) son entidades en las que los particulares participan con el Estado en la prestación del servicio público de Seguridad Social. En ambos sistemas, los recursos con los que se financian los servicios que reciben los usuarios, son de naturaleza parafiscal. Así mismo, en los dos regímenes, la prestación efectiva de los servicios de la Seguridad Social, comporta que las entidades cuenten con una infraestructura para realizar dicha labor. Además, en ambos regímenes, el legislador autoriza a los entes operadores a prestar los servicios directamente o mediante la contratación de terceras entidades.”[25]

1.4.1.2. Por otra parte, afirma que la disposición demandada lesiona el inciso primero del artículo 49 constitucional, puesto que al limitar el uso de la UPC para la compra de activos fijos, y en vista de la insuficiencia de IPS en el país, terminó por imponer una barrera que afecta la materialización del derecho constitucional al acceso a los servicios de salud.

Explica que el derecho a la salud, en términos de la sentencia T-760 de 2008 y del Código Iberoamericano de Seguridad Social, exige la existencia de un conjunto suficiente de personas e instituciones que presten servicios de salud. Aduce que originalmente la ley 100 permitía que la UPC se destinara al cumplimiento de dicha exigencia, lo que permitió a las EPS desarrollar nuevas IPS adicionales a las de naturaleza pública. Señala que la ley 1438 elimina esta posibilidad, pese a la existencia de datos estadísticos que muestran la insuficiencia de la red actual de instituciones y de reportes en el mismo sentido de la Defensoría del Pueblo.

1.4.2. Ciudadano Javier Mauricio Sabogal Jaramillo

Solicita que se declare la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438, en el entendido que “(...) los recursos para la atención en salud no pueden usarse por las EPS, IPS, Clínicas y Hospitales para adquirir activos fijos diferentes a los hospitalarios y médicos y asociados a la prestación del servicio de salud. Solamente con el producto de los excedentes de liquidez de la UPC y de los recursos que no son para la

atención en salud (reembolsos de recobros NO POS, reclamaciones ECAT, multas y sanciones, recobros ARP, préstamos bancarios, rendimientos financieros de recursos propios) se pueden usar para adquirir activos fijos tanto médicos y hospitalarios como los que no lo sean, como en actividades distintas a la prestación de servicios de salud”[26].

Los fundamentos de su solicitud son los siguientes:

1.4.2.1. Para comenzar, explica que existen interpretaciones derivadas de sentencias de la Corte Constitucional según las cuales todos los recursos que reciben las EPS, IPS, clínicas y hospitales deben destinarse a la prestación de servicios de salud, lo que en sentir del interviniente se traduce “(...) en la mera gestión de pago de facturas médicas por prestación de servicios de salud”[27]. Afirma que tal interpretación ha impedido a las EPS e IPS “(...) organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el POS mediante la adquisición de equipos médicos, adecuaciones hospitalarias, centros médicos, clínicas y hospitales necesarios para la adecuada prestación del servicio de salud”[28]. Alega que esta exégesis también ha generado inseguridad jurídica a los actores del sistema sobre los precios límite de la destinación específica de la UPC y de los demás recursos obtenidos.

1.4.2.2. Asegura que efectivamente la UPC es un recurso parafiscal, en tanto, según la Constitución, debe destinarse a los fines de la seguridad social. Sin embargo, asegura que dentro de los fines de la seguridad social “(...) se encuentra la posibilidad de adquirir activos fijos asociados a la prestación de servicios de salud”[29].

Agrega que existen antecedentes de actividades que no son directamente prestación de servicios de salud, pero que han sido consideradas –con aval de la Corte Constitucional– asociadas a la organización y gestión del servicio y, por tanto, legítimas destinatarias de los recursos parafiscales del sistema de salud. Algunas de estas actividades son: la prestación de servicios por las EPS a través de sus propias IPS con un límite del 30% –sentencias C-616 de 2001 y C-1041 de 2007–, la transferencia de recursos parafiscales a las nuevas entidades creadas como consecuencia de la escisión de las clínicas del Seguro Social –sentencia C-349 de 2004–, gastos de administración –sentencia C-824 de 2004–, el funcionamiento de la Comisión de Regulación en Salud (CRES) –sentencia C-955 de 2007–, el transporte aéreo medicalizado –sentencia C-714 de 2008– y la telemedicina –sentencia C-593 de 2010–. Sugiere que la adquisición de activos fijos para la prestación del servicio se asemeja a las

anteriores actividades.

Manifiesta que la normativa reglamentaria, hasta antes de la ley 1438, había seguido la misma lógica y considerado admisible la adquisición de activos fijos con recursos de la UPC. En respaldo, cita el artículo 13 del decreto 1804 de 1999, el cual prohibía a las antiguas ARS adquirir bienes inmuebles o realizar inversiones en compra o arrendamiento financiero con cargo a la UPC, “(...) salvo aquel porcentaje que resulte al deducir del 100% del ingreso los valores porcentuales necesarios para cancelar en forma oportuna las obligaciones con los proveedores de bienes y prestadores de servicios de salud conforme las disposiciones legales y contractuales vigentes y los recursos necesarios para el pago de sus empleados y servidores.”

Concluye lo siguiente:

“(...) la función y naturaleza de la UPC no está dirigida únicamente a actividades propias de la prestación de servicios de salud, sino que se ha tenido la convicción invencible que abarca la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud, lo cual comprende estructuras administrativas que sustenten la prestación de servicios médicos; la realización de actividades y servicios útiles no médicos y en muchos casos indispensables para el servicio; el soporte funcional y de infraestructura para hacer posible su adecuada prestación; condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería del servicio de salud. Todo ello requiere que se necesiten y se tengan que adquirir activos, bienes y servicios médicos y administrativos para lograr tal fin. No resulta lógico que se pretenda el suministro adecuado y eficiente de la prestación de un servicio de salud, sino se cuentan (sic) con las estructuras, activos y acondicionamiento médico y hospitalarios adecuados para poder llevar a cabo dicha prestación”. [30]

1.4.2.3. Por otra parte, indica que el inciso demandado conlleva una restricción desproporcionada de la libertad de empresa y de la libre competencia de las EPS e IPS, en tanto impide de forma absoluta que con recursos de la UPC se adquiera la infraestructura médica necesaria para la adecuada prestación del servicio. En criterio del interviniente, la prohibición “(...) es válida en la medida que se considere que los activos fijos que no se pueden adquirir, son aquellos que no tengan relación con la prestación de servicios de salud, ó que las actividades distintas a la prestación de servicios de salud, no correspondan

a actividades dirigidas para lograr la efectiva y material la prestación (sic) de servicios de salud”[31].

1.4.2.4. Aclara que el inciso demandado no tiene como únicos destinatarios las EPS, sino también las IPS, clínicas y hospitales, toda vez que estas últimas tienen como fuente de recursos los pagos de las EPS con dineros de las UPC. Por ello solicita que se aclare qué recursos de las IPS, clínicas y hospitales están afectados por la prohibición materia de censura.

1.4.2.5. Explica que la UPC tiene dos grandes componentes: (i) el gasto en salud, que comprende el gasto destinado a la prestación de servicios de salud, y (ii) el gasto administrativo asociado al costo de la salud, el cual cubre los gastos administrativos y los excedentes. Argumenta que el inciso demandado, en tanto emplea la expresión “los recursos para la atención en salud”, se refiere solamente al gasto en salud, de modo que el componente administrativo de la UPC sí se puede utilizar para la adquisición de activos fijos. Asegura que de adoptarse una interpretación contraria, se impediría a las IPS, hospitales y clínicas adquirir activos fijos con los recursos que reciben de las EPS, lo cual crearía un trato desigualitario y les impediría ampliar y mejorar su infraestructura para la prestación del servicio.

Respecto a los excedentes –componente del gasto de administración–, los cuales el interviniente afirma que sí se pueden emplear en la compra de activos fijos, solicita que se precise si son excedentes de liquidez o utilidad neta. Explica que esta aclaración es importante, “(...) puesto que ha resultado que hay instituciones que luego de cumplida la finalidad de la prestación del servicio de salud obtienen un excedente de liquidez mucho mayor que la utilidad contable, pero ha surgido la discusión que solo la utilidad contable es el remanente y la diferencia con el excedente de liquidez, debe quedarse inmovilizado en cuentas bancarias sin poderse destinar a infraestructura”[32]. En sentir del interviniente, aclarar este punto es indispensable, pues la interpretación antes citada va en contra de la eficiencia del sistema e impide que los excedentes de liquidez que se obtienen de la UPC, luego de cumplida la finalidad de prestación del servicio, puedan utilizarse para la adquisición de activos fijos y otras actividades dirigidas a ampliar la cobertura del sistema.

1.4.2.6. Para terminar, señala que si la Corte concluye que el precepto acusado es constitucional, “(...) resulta necesario que se aclare con qué tipo de recursos pueden las EPS, IPS, Clínicas y Hospitales ampliar y mejorar su infraestructura hospitalaria”. En particular, pide que se resuelvan los siguientes interrogantes: (i) si “(...) puede decirse que estas instituciones pueden adquirir activos fijos con la ‘utilidad o excedente operacional resultante’ que quede luego de prestar el servicio de salud”; (ii) si pueden hacerlo “(...) con recursos diferentes a los públicos parafiscales que administran”; y (iii) si “(...) los reembolsos por recobros NO POS, los pagos por reclamaciones ECAT a IPS, Clínicas y Hospitales, los recobros de Riesgos Profesionales, las multas y sanciones, los préstamos bancarios obtenidos, los pagos que realiza el FOSYGA al Consorcio Administrador Fiduciario, los pagos que realiza el FOSYGA por apoyo técnico auditoría y remuneración fiduciaria, los rendimientos financieros diferentes a las cotizaciones, las indemnizaciones por seguros, la venta de activos, son recursos públicos” [33].

Solicita que se declare inexecutable el precepto acusado, con fundamento en las siguientes razones:

1.4.3.1. En primer término, aclara que la UPC “(...) ha sido prevista por la Ley 100 de 1993 como el pago que se realiza a las EPS por la organización y garantía de acceso a los servicios incluidos en el POS, remunerando de esta manera todas las responsabilidades asignadas por la Ley y que van más allá del acto médico o de la prestación”. [34]

También afirma que las EPS son una agencia dentro del sistema a quienes corresponde, de un lado, la administración de riesgos tanto financieros como de salud, y de otro, la administración del acceso a los servicios de salud; en consecuencia, asegura que las EPS deben realizar una serie de actividades que desbordan el concepto estricto de prestación de servicios de salud del POS [35]. Entre las actividades que no son en estricto sentido servicios de salud del POS, menciona: administración de bases de datos, afiliación y registro de los usuarios, promoción de la afiliación, selección de la red de prestadores de servicios, gestión de la red de prestadores de servicios, control del consumo de servicios, monitoreo de la calidad, suministro de información a los usuarios, establecimiento de sistemas de costo, facturación y publicidad, prestación de servicios derivados de accidentes de trabajo y enfermedades laborales, recaudo de cotizaciones y proceso de compensación.

Explica que para el desarrollo de las anteriores actividades, las EPS deben incurrir en gastos distintos a los administrativos, y en ocasiones adquirir activos fijos como software para simplificar trámites administrativos y asignar citas y autorizaciones, computadores, impresoras, escritorios, etc.

1.4.3.2. Por lo anterior, alega que restringir el uso de la UPC únicamente para el pago de servicios de salud e impedir que se invierta en activos fijos es contrario a la Constitución, pues para el cabal cumplimiento de sus funciones, las EPS deben invertir en tales activos. Señala que por esta razón, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el cubrimiento de los gastos administrativos no es una desviación de los recursos de salud -sentencias C-1489 de 2000 y C-1040 de 2003-.

1.4.3.3. Acemi también expresa que la Corte Constitucional ha reconocido la constitucionalidad de la participación privada en el sistema de salud y de la posibilidad de que reciba una utilidad. Sin embargo, indica que “[e]sto implica la definición del momento en el cual los recursos cumplen con su finalidad y se constituyen en un ingreso para la EPS, cuestión que desconoce plenamente la norma demandada, pues impide la liquidación de excedentes o utilidades una vez se haya cumplido con la finalidad establecida por el legislador y la constitución”. [36]

Agrega que dada la naturaleza de la actividad que desarrollan las EPS -gestión de riesgo- la UPC debe ser considerada una prima en términos del derecho de los seguros, es decir, el precio del aseguramiento. En consecuencia, catalogar la UPC como recurso público, “(...) desvirtúa su naturaleza y convertiría a las EPS ya no en asegurador sino en un administrador delegado, debiendo en este caso el Estado asumir las desviaciones de la siniestralidad y en consecuencia el mayor gasto en salud que pueda presentarse en un periodo determinado de tiempo” [37]. En criterio de la entidad, si la UPC es una prima de seguro que se devenga según el tiempo transcurrido del riesgo, las EPS pueden incorporar los excedentes o utilidades a su presupuesto y darles el manejo que la ley permite según la naturaleza de la entidad.

1.4.3.4. Aduce que el precepto es inconstitucional porque no establece límites de la medida de intervención económica en el mercado de salud que contiene. Manifiesta que ello se debe a que el precepto no precisa (i) “(...) si se entiende por gasto destinado a la prestación

del servicio el gasto requerido para cumplir con las demás funciones diferentes de la prestación del servicio de salud (...), que no se enmarcan dentro del concepto de gasto administrativo”[38]; (ii) “(...) si tanto el gasto administrativo, el gasto por las demás funciones asignadas, así como el gasto médico se entienden destinados a la prestación del servicio de salud”[39]; y (iii) “(...) en qué momento los recursos de la UPC se convierten en recursos propios de la EPS, para que en tal caso, puedan ser invertidos en infraestructura”[40].

1.4.3.5.Considera que la medida acusada es desproporcionada, ya que “[i]ndudablemente en algún momento la UPC pierde su naturaleza parafiscal y su destinación específica para la prestación del POS, pues lo contrario equivaldría a sostener que las EPS no tienen derecho a una legítima ganancia”[41]. En este orden de ideas, afirma que la falta de proporción de la medida deriva (i) “(...) del hecho de que para prohibir que las EPS inviertan en hospitales y edificios cuando la UPC todavía tienen naturaleza parafiscal, se le impide de manera perpetua hacer dichas inversiones incluso cuando la UPC pierde la naturaleza parafiscal”[42] (énfasis eliminado); y (ii) de la inconducencia de la medida para lograr el fin de evitar la desviación de los recursos y la desproporcionalidad en estricto sentido que genera, toda vez que impide que las EPS puedan cumplir todas sus funciones.

1.4.3.6.Finalmente, alega que el precepto demandado impide al Estado la prestación eficiente del servicio de salud, con fundamento en las mismas razones por las cuales asegura que se vulnera el principio de proporcionalidad.

1.4.4. Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos (Acesi)

Defiende la constitucionalidad de la disposición demandada, por las siguientes razones:

1.4.4.1.Sostiene que la Constitución y la ley definen que los recursos de la UPC son parafiscales y deben destinarse a la prestación de servicios de salud. Sugiere que el precepto demandado es acorde con esta regla.

1.4.4.2.Indica que la propia ley 1438 impone un margen de comercialización del 10% de la UPC a favor de las EPS, porcentaje que debe destinarse a gastos de administración y organización de los servicios.

1.4.4.3. Asegura que el demandante lo que pretende es que se traslade el fortalecimiento de la infraestructura de la red privada al tesoro público, situación que constituye delito de peculado. Además, alega que el actor “[p]retende erróneamente hacer creer que el flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Colombia tiene directa relación con el fortalecimiento de la infraestructura de la red hospitalaria, y peor aún, no hace una distinción entre red privada y red pública”[43].

1.4.5. Ciudadana Lina Vargas García

Solicita que la disposición demandada se declare exequible de forma condicionada, con base en los siguientes argumentos:

1.4.5.1. Manifiesta que existe una interpretación de la disposición demandada que puede resultar contraria a la Carta; ésta consiste en la prohibición de que las EPS utilicen los recursos parafiscales que administran para adquirir activos fijos, “(...) incluso cuando dicha adquisición tiene el propósito de ampliar la cobertura del sistema de salud”[44]. Esta lectura, a juicio de la interviniente, se opone al artículo 48 superior -no explica las razones-.

1.4.5.2. Luego, en virtud del principio de conservación del derecho, solicita a la Corte que module su fallo y que declare exequible el precepto “(...) con la condición de que se entienda que las EPS no pueden adquirir, con los recursos de la salud, activos fijos que no estén destinados a ampliar la cobertura del sistema o que no sirvan para mejorar la infraestructura de las redes hospitalarias destinadas a absorber la demanda de salud de los colombianos”[45].

1.4.6. Universidad del Sinú

De forma extemporánea, señala que la disposición se ajusta a la Constitución, toda vez que no impone un obstáculo a la ampliación de la cobertura del SGSSS ni limita de forma inconstitucional la participación de los particulares en el mismo. Además, recuerda que los recursos del sistema tienen una destinación específica, la cual se desviaría si se admitiera su uso para la adquisición de activos fijos.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Considera que el precepto demandado es exequible; su conclusión de fundamenta en las siguientes razones:

1.5.1. Asegura que si bien es cierto los particulares pueden participar en la prestación de los servicios públicos, la obligación de garantizar la prestación eficiente, incluida la ampliación de la cobertura, está en cabeza del Estado.

1.5.2. Aclara que la participación de los particulares es voluntaria y responde a un interés económico derivado de su inversión, la cual, en el SGSSS, se recupera con los pagos que reciben por la atención prestada, específicamente con el 10% de la UPC que corresponde a gastos de administración. Afirma que ese porcentaje “(...) deja un margen razonable para acometer, soportar, apoyar o respaldar inversiones en activos fijos, dentro de la economía de escala que se maneja en el sector”[46]. En este orden, sostiene:

“Los particulares pueden, si así lo desean, ampliar la cobertura por medio de la inversión directa de sus propios recursos, de nuevo aportes de capital o de bienes, o utilizando alguno de los recursos de financiación disponibles en el mercado financiero o de capitales. Lo que no pueden hacer, ni aspirar a hacer, es financiar este tipo de inversiones con recursos ajenos, destinados de manera exclusiva a la seguridad social”. [47]

Luego agrega: “(...) la participación de los particulares en la extensión de la cobertura del servicio público de salud, en lo que a activos fijos se refiere, es y debe ser el resultado del estímulo empresarial en la participación en esa actividad económica y no de la desviación o apropiación indebida de dichos recursos”[48].

1.5.3. Por último, aduce que el artículo censurado responde al mandato constitucional de destinación específica de los recursos del sistema de salud.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

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

2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

2.2.1. El demandante alega que el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438 vulnera el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución, por las siguientes razones:

Afirma que el inciso demandado tiene el siguiente contenido normativo: prohíbe a las EPS utilizar los recursos de la salud, específicamente los de la UPC, incluidos los excedentes que quedan después del pago de los servicios médicos a su cargo, para adquirir activos fijos con el fin de ampliar su infraestructura médica -bajo el modelo de integración vertical- y ofrecer mejores servicios a sus afiliados.

Por otra parte, asegura que el inciso tercero del artículo 48 de la Carta tiene los siguientes contenidos normativos: (i) impone al Estado con la participación de los particulares -sujetos obligados-, (ii) la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, y (iii) asigna al Legislador la responsabilidad de definir la forma como se materializará dicha obligación.

A partir de las anteriores premisas, sostiene, en primer lugar, que el inciso acusado desconoce el primer contenido normativo del inciso tercero del artículo 48 superior, ya que (i) impide que las EPS -como particulares- contribuyan al cumplimiento de la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud, mediante la inversión de los excedentes de la UPC en infraestructura médica y otros activos necesarios para mejorar la prestación del servicio, y por tanto, (ii) obstaculiza que confluyan en este propósito tanto los recursos privados como los públicos.

En segundo lugar, aduce que el inciso demandado vulnera el segundo contenido normativo del inciso tercero del artículo 48, toda vez que dificulta el cumplimiento de la obligación de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social en salud, la cual comprende no solamente el aumento del número de afiliados, sino también la extensión de la infraestructura hospitalaria del país. Afirma que en Colombia existe un déficit importante en esta materia, pese a lo cual el Legislador prohibió el uso de los excedentes de la UPC para estos efectos, solamente con miras a mejorar el flujo de recursos hacia las IPS. Asevera que de esta forma el Legislador eliminó el único mecanismo que existía de gestión conjunta del Estado y los particulares para la creación progresiva de nuevas instituciones de salud, sin prever un medio sustituto que permita continuar cumpliendo la obligación constitucional.

En tercer lugar, el demandante indica que el precepto acusado adolece de una omisión legislativa relativa derivada del incumplimiento del tercer contenido normativo del inciso tercero del artículo 48. En su criterio, esta omisión se presenta porque el Legislador eliminó el mecanismo que antes existía para ampliar la cobertura y no previó un medio sustituto para el efecto, pese a que el artículo 48 superior le impone esa obligación.

2.2.2. Los ministerios del Interior, Hacienda y de Salud aseguran que los cargos planteados por el actor no cumplen los requisitos exigidos por esta Corporación para generar un debate constitucional, y por ello solicitan un fallo inhibitorio.

El primero considera que los cargos del demandante carecen de certeza, pues se fundamentan en interpretaciones subjetivas sobre la naturaleza de la UPC. A juicio del Ministerio del Interior, es indudable que se trata de un recurso parafiscal, de modo que la demanda se basa en una premisa falsa.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público también estima que los cargos no reúnen el requisito de certeza, pero por fundamentarse en un contenido normativo que no emana de las disposiciones constitucionales que se alegan violadas. Además, asevera que los cargos carecen de claridad, especificidad y pertinencia, pero no explica las razones de su afirmación.

Por último, el Ministerio de Salud –de forma extemporánea- estima que los cargos adolecen de pertinencia y suficiencia, ya que (i) la inconformidad del actor es de orden legal y no constitucional –no es clara la razón de esta afirmación-; (ii) la argumentación se fundamenta en razones de conveniencia, en particular la necesidad que asiste a la población de que se amplíe la cobertura del sistema de salud; y (iii) el planteamiento no ofrece suficientes elementos de juicio para generar un debate constitucional –no se explica con detalle este argumento-.

2.2.3. Por otra parte, la Superintendencia Nacional de Salud, los ministerios del Interior, Hacienda y Salud –estos últimos como argumento subsidiario-, Acesi, la Universidad del Sinú y la Procuraduría defienden la constitucionalidad de la disposición demandada. Sus argumentos coinciden en términos generales y pueden resumirse de la siguiente manera: (i) cuando los particulares participan en la prestación de un servicio público –como las EPS-, deben sujetarse a las normas de orden público que regulan la materia; (ii) de acuerdo con el

artículo 48 constitucional y la normativa vigente, las UPC que reciben las EPS son recursos parafiscales –es decir de naturaleza pública- que deben aplicarse directamente a la prestación del servicio de salud; (iii) la naturaleza parafiscal y la destinación específica de los recursos de la UPC no desaparecen con el paso del tiempo; (iv) el Legislador y la Administración tienen competencia para establecer controles sobre el manejo de los recursos del SGSSS; (v) la medida de control que establece el precepto demandado constituyen una restricción proporcionada de las libertades económicas de los particulares que concurren a la prestación del servicio de salud –como las EPS-, pues persigue una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional –evitar que se desvíen los recursos del sistema de salud- y no anula la posibilidad de tales actores de adquirir activos fijos con sus propios recursos –como el margen de utilidad que les corresponde a las EPS-; y (vi) no es cierto que el flujo de recursos del SGSSS tenga relación directa con el fortalecimiento de la infraestructura hospitalaria del país, en otras palabras, la medida acusada no obstaculiza la ampliación de la infraestructura (este argumento, expuesto por Acesi y la Universidad del Sinú, no es desarrollado).

2.2.4. Por el contrario, Alba Patricia Céspedes Sanabria y Acemi apoyan la demanda y solicitan que se declare inexecutable el inciso demandado. La ciudadana alega que el precepto materia de examen vulnera (i) el artículo 13 de la Constitución, ya que conlleva un trato discriminatorio para las EPS respecto de otras entidades del Sistema General de Seguridad Social que también manejan recursos parafiscales, como las cajas de compensación familiar, a quienes no se impone una prohibición como la censurada; y (ii) desconoce el artículo 49 superior, por cuanto al limitar el uso de la UPC para la compra de activos fijos, y en vista de la insuficiencia de IPS en el país, terminó por imponer una barrera que afecta la materialización del derecho constitucional al acceso a los servicios de salud.

Acemi, por su parte, (i) explica que la UPC que se entrega a las EPS remunera las responsabilidades que estas entidades tienen asignadas dentro del SGSSS, y que pueden resumirse en administración de riesgos financieros y de salud, y administración del acceso efectivo a los servicios por los usuarios; por tanto, la UPC tiene la naturaleza de una prima de seguro que se devenga según el tiempo transcurrido del riesgo asegurado. Una vez transcurrido ese tiempo, las EPS pueden incorporar los excedentes o utilidades a su presupuesto y darles el manejo que deseen con sujeción a la ley. La disposición demandada desconoce esa naturaleza de la UPC al imponer restricciones absolutas a su destino. (ii)

Adicionalmente, señala que el precepto acusado contiene una medida de intervención económica para la que no se previeron límites, como exige la Carta Política, pues no se precisa el concepto de “gasto destinado a la prestación del servicio”, ni se indica cuándo los recursos de la UPC se convierten en recursos propios de las EPS. (iii) Finalmente, argumenta que la medida es desproporcionada porque genera una prohibición absoluta de inversión de la UPC –incluso cuando pierde su naturaleza parafiscal– en infraestructura, y por esta vía, impide a las EPS cumplir sus responsabilidades y afecta la eficiencia del sistema.

2.2.5. Por último, los ciudadanos Javier Mauricio Sabogal Jaramillo y Lina Vargas García comparten varios de los argumentos de quienes alegan la inconstitucionalidad del precepto, pero consideran que el problema puede solucionarse con un fallo de exequibilidad condicionada.

El primero sostiene que dentro de los fines de la seguridad social a los que se debe destinar la UPC, es necesario que se entienda incluida la adquisición de activos fijos asociados a la prestación de servicios de salud, con el fin de garantizar la adecuada prestación del servicio. Por ello solicita que se declare exequible el inciso demandado en el entendido que “(...) los recursos para la atención en salud no pueden usarse por las EPS, IPS, Clínicas y Hospitales para adquirir activos fijos diferentes a los hospitalarios y médicos y asociados a la prestación del servicio de salud. Solamente con el producto de los excedentes de liquidez de la UPC y de los recursos que no son para la atención en salud (...) se pueden usar para adquirir activos fijos tanto médicos y hospitalarios como los que no lo sean, como en actividades distintas a la prestación de servicios de salud”[49].

La segunda interviniente indica que para solucionar los problemas de constitucionalidad que generaría entender que la disposición demandada impone una prohibición absoluta del uso de los recursos de la UPC para compra de activos fijos, aquella deben declararse exequible en el entendido que “(...) las EPS no pueden adquirir, con los recursos de la salud, activos fijos que no estén destinados a ampliar la cobertura del sistema o que no sirvan para mejorar la infraestructura de las redes hospitalarias destinadas a absorber la demanda de salud de los colombianos”[50].

2.2.6. En este orden de ideas, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas

jurídicos: en primer lugar, si la demanda reúne los requisitos necesarios para suscitar un examen de constitucionalidad del inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438; en segundo lugar, en caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, cuál es el alcance normativo del precepto demandado; y en tercer lugar, si como afirma el demandante, tal contenido desconoce el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución, porque (i) impide que los particulares participen en la ampliación de la cobertura del sistema, (ii) por esta vía, impone un obstáculo desproporcionado para el cumplimiento de dicho fin, y (iii) contiene una omisión legislativa relativa, en tanto el Legislador no definió la forma como se continuaría ampliando la cobertura con recursos diferentes a los de la UPC.

Para resolver estos interrogantes, la Sala analizará (i) cuál es el papel de los particulares en la prestación del servicio de seguridad social en salud y, en especial, respecto de la ampliación de la cobertura del SGSSS; (ii) cuál es la naturaleza y destino de los recursos del SGSSS, específicamente de la UPC que se reconoce a las EPS; y (ii) cuál es el alcance de la obligación de “ampliación progresiva de la Seguridad Social”, específicamente en relación con la seguridad social en salud.

La Sala aclara que dada la naturaleza rogada del control constitucional de las leyes ordinarias –como a la que pertenece el precepto demandado–, solamente se ocupará de los cargos formulados por el demandante y no de otros cargos presentados por los intervinientes relacionados con disposiciones constitucionales diferentes al artículo 48.

2.3. EXAMEN DE LA APTITUD DE LA DEMANDA

2.3.1. El artículo 2° del decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad[51]. Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición legal debe indicar con precisión el objeto demandado, el concepto de violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. Estos tres elementos, desarrollados en el texto del artículo 2 ibídem y por la Corte en sus decisiones, hacen posible un pronunciamiento de fondo.

2.3.2. En la sentencia C-1052 de 2001[52], la Corte precisó las características que debe reunir el concepto de violación formulado por el demandante. De acuerdo con este fallo, las

razones presentadas por el actor tienen que ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

La claridad se refiere a la existencia de un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se basa.

El requisito de certeza exige al actor formular cargos contra una proposición jurídica real y existente, y no simplemente contra una deducida por él sin conexión con el texto de la disposición acusada.

La especificidad demanda la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto. Argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan, impiden a la Corte llevar a cabo un juicio de constitucionalidad.

La pertinencia se relaciona con la existencia de reproches de naturaleza constitucional, es decir, fundados en la confrontación del contenido de una norma superior con el precepto demandado. Un juicio de constitucionalidad no puede basarse en argumentos de orden puramente legal o doctrinario, ni en puntos de vista subjetivos del actor o consideraciones sobre la conveniencia de las disposiciones censuradas.

Finalmente, la suficiencia guarda relación, de un lado, con la exposición de todos los elementos de juicio -argumentativos y probatorios- necesarios para iniciar un estudio de constitucionalidad; y de otro, con el alcance persuasivo de la demanda, esto es, el empleo de argumentos que despierten una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

2.3.3. En esta oportunidad, la Sala considera que los dos primeros cargos del demandante reúnen los elementos necesarios para suscitar un debate constitucional, mas no así el tercero, como a continuación se explica:

2.3.3.1.El demandante señala con claridad cuál es la disposición demandada -inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438- y qué precepto constitucional considera infringido -inciso tercero del artículo 48-. Luego interpreta cada una de estas disposiciones. Respecto del precepto acusado, sugiere que prohíbe a las EPS el empleo de la UPC para la adquisición

de activos fijos, específicamente, “(...) para el desarrollo de infraestructura propia con la cual ampliar y atender la prestación de servicios de salud para sus afiliados”[53]. En este orden de ideas, interpreta que la expresión “los recursos para la atención en salud” empleada por el inciso demandado se refiere específicamente a la UPC, y que unos destinatarios de la prohibición son las EPS.

De otro lado, el actor entiende que el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución[54] comprende tres contenido normativos: (i) impone al Estado con la participación de los particulares –sujetos obligados-, (ii) la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social –que incluye el servicio de salud-, y (iii) asigna al Legislador la responsabilidad de definir la forma como se materializará dicha obligación.

La Sala considera que la exégesis del demandante del precepto censurado, además de ser clara, es prima facie razonable. Ciertamente, la UPC, en términos generales, constituye un recurso para la atención en salud, como lo ha reconocido esta Corporación en varias oportunidades. Además, es posible entender que las EPS son destinatarias de la prohibición contenida en el inciso acusado, ya que aunque no son expresamente mencionadas en éste, sí lo son en el inciso anterior, y en todo caso son administradoras de recursos para la atención en salud. En este orden de ideas, la Sala considera que en este respecto los cargos reúnen el requisito de certeza. Más adelante la Sala examinará si efectivamente esa es la interpretación que debe darse a la disposición.

La Sala también encuentra que el esfuerzo argumentativo que lleva a cabo el actor en relación con el inciso tercero del artículo 48 de la Carta es prima facie razonable, ya que (i) efectivamente la disposición señala que el Estado, con la participación de los particulares, debe ampliar la cobertura de la seguridad social; (ii) la salud es uno de los componentes del Sistema General de Seguridad Social de acuerdo con la ley 100; (iii) los instrumentos internacionales –algunos parte del bloque de constitucionalidad- que se citan en la demanda se refieren a la obligación de ampliación progresiva de los niveles de protección de la seguridad social en salud; y (iv) la parte final del inciso indica que la ley determinará la forma como se deben prestar los servicios. Lo anterior no significa que la Sala acoja la interpretación del demandante, simplemente la encuentra prima facie razonable a efectos de estructurar una demanda de inconstitucionalidad, con mayor razón examinada a la luz del principio pro accione.

Con fundamento en estas observaciones, la Sala concluye que los tres cargos que formula el demandante, en tanto se estructuran a partir de las interpretaciones antes examinadas, reúnen el requisito de certeza.

2.3.3.2.A juicio de la Sala, los cargos también reúnen el requisito de pertinencia, puesto que, de un lado, parten de un específico entendimiento del inciso tercero del artículo 48 superior, y de otro, generan dudas de orden constitucional sobre asuntos tales como el papel que la Constitución asigna a los particulares en la prestación del servicio de seguridad social en salud, cómo debe ampliarse progresivamente la cobertura del sistema desde el punto de vista de la infraestructura, y cuáles son las responsabilidades de los actores del sistema en el cumplimiento de este fin, entre otros.

En este punto la Sala discrepa de las apreciaciones del Ministerio de Salud. En primer lugar, estima que el actor no persigue una confrontación entre normas de naturaleza legal, sino un análisis del precepto demandado desde el punto de vista de las obligaciones que emanan del artículo 48 de la Carta, entendido a la luz de obligaciones internacionales del Estado colombiano en la materia.

En segundo lugar, para la Sala el segundo cargo del demandante no se basa en razones de conveniencia; el Ministerio afirma:

“(…) se advierten razones de conveniencia cuando so pretexto de alegar vulneración a la Carta, lo que evidencia es la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma para así, en su criterio, poder ampliar la cobertura en la prestación de servicios de salud debido a la necesidad que el asiste a la población”[55].

Por el contrario, para la Corte el cargo se desprende de la interpretación que el actor hace del inciso tercero del artículo 48 de la Constitución –el cual la Sala ya calificó como razonable–, específicamente de la obligación que a su juicio emana del precepto constitucional en el sentido de ampliar la cobertura de la seguridad social, de modo que no se fundamenta en razones de simple conveniencia.

2.3.3.3.En criterio de esta Corte, los dos primeros cargos son además suficientes, es decir, contienen todos los elementos de juicio necesarios para suscitar un debate constitucional, puesto que (i) parten de una interpretación razonable del precepto demandado y de la

disposición superior que se señala como infringida; y (ii) contienen argumentos que generan dudas sobre la constitucionalidad del precepto a la luz de preguntas como cuál es el papel que la Constitución le impone a los particulares en el marco de la prestación de los servicios de la seguridad social, y cómo debe entenderse la destinación específica de los recursos de la seguridad social en salud a la luz de la obligación de ampliación de la cobertura, entre otras. Además, la demanda está acompañada de un análisis de la jurisprudencia constitucional en la materia y de varios instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano, lo cual fortalece el alcance persuasivo de los dos primeros cargos (lo que no significa que la Sala comparta todas las conclusiones del demandante, como más adelante expondrá).

2.3.3.4.No ocurre lo mismo con el tercer cargo, es decir, para la Sala el demandante no estructura un cargo suficiente ni específico a la luz de la doctrina constitucional sobre la omisión legislativa relativa.

En materia de omisión legislativa relativa, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la demanda debe generar al menos un principio de duda de orden constitucional sobre la existencia de los siguientes elementos[56]: (i) la existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo, en particular, esta Corporación ha precisado que el cargo debe referirse a un contenido normativo existente; (ii) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma acusada de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta; (iii) la ausencia de una razón suficiente para tal exclusión; (iv) la creación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos de la regulación o la violación alguno de sus derechos fundamentales; y (v) la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al Legislador a contemplar los casos o ingredientes excluidos; la Corte ha precisado que sin deber no puede haber omisión[57].

Además, cuando el cargo de omisión legislativa relativa se alega por ausencia de un elemento que por mandato constitucional debía ser previsto en la disposición acusada, la exigencia de especificidad demanda que el actor precise el ingrediente omitido y las razones por las cuales la Constitución exige indefectiblemente su inclusión

La Sala observa que si bien es cierto el demandante hace una interpretación razonable del inciso tercero del artículo 48 de la Carta y señala que impone al Legislador la obligación de “(...) determinar la forma como el Estado y los particulares deben desarrollar la ampliación progresiva de la cobertura de la prestación de servicios de la Seguridad Social”[58], tal conclusión no contiene las razones por las cuales –a juicio del demandante- existe un mandato imperativo dirigido al Congreso para definir tales aspectos en la disposición demandada; en este punto el cargo carece de especificidad.

Adicionalmente, el actor se limita a afirmar que “la forma como el Estado y los particulares deben desarrollar la ampliación progresiva de la cobertura de la prestación de servicios de la Seguridad Social” no es definida en el resto de la normativa que rige la materia; el demandante no explica las razones de tal afirmación ni aporta elementos de juicio que generen una duda al respecto. Advierte la Sala que tampoco elabora argumento alguno sobre la falta de justificación de la exclusión del supuesto elemento omitido, se limita a asegurar que el Legislador debía regular en el precepto demandado la materia. Por tanto, el cargo no es suficiente para generar una duda sobre la existencia de la presunta omisión legislativa relativa a la luz de la doctrina constitucional sobre el punto.

En vista de las anteriores consideraciones, la Sala no examinará el cargo de omisión legislativa relativa formulado por el demandante debido a su ineptitud, y se limitará al estudio de las dos primeras acusaciones.

2.4. EL PAPEL DE LOS PARTICULARES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

2.4.1. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, el Estado debe, con la participación de los particulares, ampliar progresivamente la cobertura del servicio.

El artículo 48 constitucional señala algunos lineamientos de cómo se debe garantizar derecho y el servicio público de la seguridad social, pero no delimita su contenido. Para ello es necesario acudir al bloque de constitucionalidad, a otros instrumentos internacionales y a la jurisprudencia de esta Corporación, entre otros.

Tenemos entonces que según los artículos 22 y 25-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “[t]oda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social” y “[t]oda persona tiene derecho (...) a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Por su parte, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce brevemente el derecho a la seguridad social, mientras el artículo 9 del Protocolo de San Salvador dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”

Para la Sala se destaca particularmente la definición propuesta por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –intérprete autorizado del PIDESC- en su Observación General 19, porque recoge los elementos más importantes de la regulación internacional. De acuerdo con este documento:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”[59]

En sentido similar, esta Corporación ha señalado que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad “(...) la cobertura de ciertas contingencias como la incapacidad laboral, la muerte o la vejez ‘mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que determine la Ley’[60].

2.4.2. En desarrollo del artículo 48 superior en concordancia con el derecho internacional de los derechos humanos, la ley 100 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual comprende un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, cuya finalidad es la cobertura integral de las contingencias que afectan la calidad de vida de las personas, especialmente las que menoscaban su salud y su capacidad económica[61].

Dado que una de las contingencias contra las que protege el derecho a la seguridad social es el deterioro de la salud, el Libro II de la ley 100 creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como uno de los subsistemas del Sistema de Seguridad Social Integral, cuya finalidad es “(...) regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”[62].

En consecuencia, este subsistema debe orientarse tanto por el artículo 48 como por el 49 –sobre el derecho fundamental a la salud- de la Constitución.

2.4.3. El artículo 48 superior señala como principal sujeto pasivo del derecho a la seguridad social y, por tanto, como principal responsable de la prestación del servicio público de seguridad social, al Estado. Según dicho precepto, en términos generales, el Estado debe dirigir, coordinar y controlar la prestación del servicio, y ampliar progresivamente su cobertura. En lo que respecta a la protección frente a las contingencias que deterioran la salud, de acuerdo con el artículo 49 ibídem, es obligación del Estado (i) garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; (ii) organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud; (iii) establecer políticas para la prestación de dichos servicios por entidades privadas; (iv) ejercer vigilancia y control sobre estas últimas; (v) diferenciar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares en la materia; y (vi) definir los aportes a cargo de cada uno de estos actores, de conformidad con la ley, es decir, establecer las fuentes de financiación.

Todas estas funciones fueron sistematizadas en la sentencia T-760 de 2008 de la siguiente manera:

“(...) para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP), cumplir las siguientes obligaciones: (i) organizar, (ii) dirigir y (iii) regular la prestación de los servicios de salud;

(iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su vigilancia y (vi) control; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema.”[63]

En resumen, el principal responsable de la garantía del derecho a la seguridad social y del servicio a que tal derecho da lugar, es el Estado. A él corresponde organizar, dirigir y regular el servicio con miras a garantizar los mandatos constitucionales.

2.4.4. Sin embargo, el artículo 48 constitucional permite que los particulares acompañen al Estado en la prestación del servicio. Así, este precepto se refiere a los particulares en dos oportunidades: en el inciso tercero para señalar que el Estado, con la participación de los particulares, debe ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, y en el inciso cuarto, cuando señala que el servicio podrá ser prestado por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. En el ámbito de la cobertura de las contingencias relacionadas con la salud, el artículo 49 superior indica que el Estado debe establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, quienes quedarán sujetas a su vigilancia y control, así como definir las competencias de dichas entidades.

Estas disposiciones muestran que la participación de los particulares en la prestación del servicio de seguridad social, y específicamente en el ámbito de la salud, está condicionada a la regulación, vigilancia y control del Estado. En otras palabras, si bien es cierto la Constitución permite la participación de los particulares, éstos deben sujetarse a las reglas que establezca el Estado –a través del Congreso y el Ejecutivo-, quien puede definir los alcances de su participación con sujeción a la Carta Política, y someterse a su vigilancia y control[64]. Además, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el poder de regulación de las libertades económicas en el ámbito del SGSSS es reforzado, en vista del interés público que reviste el servicio y su relación con la realización de varios derechos fundamentales, como la salud[65].

2.4.5. La jurisprudencia constitucional ha indicado que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración para regular la participación de los particulares en el SGSSS[66]. No obstante, dicha regulación debe sujetarse a los límites que impone que impone la Constitución, entre los cuales vale la pena destacar los principio de igualdad y proporcionalidad, y los núcleos esenciales de las libertades de empresa y de competencia[67]. En este sentido, en la sentencia C-289 de 2008, la Corte destacó los siguientes aspectos que deben ser tenidos en cuenta para verificar si la regulación de la participación de los particulares en el SGSSS se ajusta a la Carta:

“(…) (i) que fuera llevada a cabo por ministerio de la ley; (ii) sin afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) obedeciendo a motivos suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía, que a su vez se compadezcan con los principios constitucionales específicos del ámbito de la seguridad social como la solidaridad, la universalidad o la eficiencia; y (iv) respetando el principio de proporcionalidad que limita el margen de intervención estatal cuando esta afecta derechos”.

2.4.6. En resumen, el Estado es el principal obligado a garantizar los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud y, en consecuencia, el servicio público de seguridad social en salud a que dichos derechos dan lugar, que en el caso de Colombia se concreta en el SGSSS. Tal obligación se particulariza en las responsabilidades del Estado de coordinación, dirección, vigilancia y control de la operación del servicio. La Constitución prevé que los particulares pueden participar en la prestación del servicio, en los términos que determine la ley y los órganos rectores del SGSSS. Por tanto, el Legislador tiene libertad de configuración para regular la participación de los agentes privados, con sujeción a los límites derivados de la Carta, como los principios de igualdad y proporcionalidad, y el núcleo esencial de las libertades económicas de las que son titulares.

2.5. NATURALEZA Y DESTINO DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

2.5.1. El artículo 48 de la Constitución indica que “[n]o se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

En el ámbito del SGSSS, la normativa define varias fuentes de financiación, como las cotizaciones que efectúan los afiliados al régimen contributivo y que son recaudadas por las

EPS (artículo 182 de la ley 100), los pagos moderadores como pagos “compartidos, cuotas moderadoras y deducibles” (artículo 187 ibídem), parte de recursos del Sistema General de Participaciones, los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, recursos propios de las entidades territoriales (artículo 214 de la ley 100 modificado por el artículo 11 de la ley 1122), entre otros[68]. En términos generales, estas fuentes de financiación están cobijadas por la prohibición del artículo 48 superior.

2.5.2. Para efectos de resolver los problemas jurídicos materia de esta providencia, interesa en particular la naturaleza y destino de las cotizaciones que el sistema percibe de los afiliados del régimen contributivo y la UPC que se reconoce a las EPS del régimen contributivo y del subsidiado. Al respecto, es importante hacer varias precisiones:[69]

De conformidad con el artículo 177 de la ley 100, las EPS tienen, entre otras funciones, la de recaudar las cotizaciones de sus afiliados del régimen contributivo, por delegación del Fosyga. Según el párrafo del artículo 182 ibídem, los recursos originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema deben ser manejados por las EPS “en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad”[70].

El artículo 182 señala que con cargo a las cotizaciones recaudadas, el SGSSS reconoce a las EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC) por cada uno de sus afiliados, cuyo monto debe ser calculado “(...) en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería”[71].

El reconocimiento de la UPC, según el artículo 177, se hace de la siguiente manera en el régimen contributivo: las EPS-C deben girar al Fosyga –subcuenta de compensación- “(...) la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación”, es decir, una vez se define el número de UPC a las que tiene derecho una EPS del régimen contributivo –de acuerdo con su número de afiliados-, ésta debe apropiarse de las cotizaciones que ha recaudado y girar el excedente, si existe, al Fosyga. Si no existe excedente, de acuerdo con el decreto 1485 de 1994, la EPS puede solicitar al Fosyga el pago de los recursos que hagan falta de acuerdo con las UPC a que tenga derecho[72].

En el régimen subsidiado, de conformidad con el artículo 216-7 de la ley 100, en tanto no

existen cotizaciones, los fondos seccionales, distritales y locales de salud deben girar a las EPS-S el valor de las UPC del régimen subsidiado que les corresponden según su número de afiliados. Estas UPC se financian con parte de las cotizaciones del régimen contributivo[73] y otros recursos públicos de las entidades territoriales y de la Nación[74].

La UPC –junto con otros recursos que reciben las EPS– tiene como finalidad financiar el cumplimiento de las funciones a cargo de las EPS en el marco del SGSSS y en un contexto de equilibrio. De acuerdo con los artículos 182 y 215 de la ley 100, además del recaudo de las cotizaciones en el régimen contributivo y la afiliación, la función principal de las EPS es “(...) organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”[75]. De forma similar, el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 explica que las EPS son responsables de cumplir la función de aseguramiento, la cual comprende “(...) la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario”[76].

Para el cumplimiento de estas funciones, el artículo 179 de la ley 100 dispone que las EPS “(...) prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales.”

2.5.3. Con el fin de hacer efectivo ese objetivo principal, la normativa prevé varias reglas a las que deben sujetarse las EPS para la administración de los recursos:

En primer lugar, el artículo 180 de la ley 100 indica que son requisitos de las EPS, entre otros, “[a]creditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación (...)”, “[a]creditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el gobierno nacional”, y “[t]ener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad, determinados por el Gobierno Nacional.”[77] Estos requisitos buscan asegurar la viabilidad financiera de las EPS y la disponibilidad de recursos suficientes para garantizar a los afiliados la prestación adecuada del POS.

En segundo lugar, la normativa prevé varias reglas dirigidas a evitar que la integración

vertical –de las EPS e IPS- conduzca a prácticas lesivas de los afiliados, en particular abusos de la posición dominante[78]; algunas de ellas son las siguientes:

El párrafo 1 del artículo 181 indica: “Cuando una Institución Prestadora de Servicios de Salud sea de propiedad de una Entidad Promotora de Salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento.”

Más adelante, el párrafo 1 del artículo 183 ibídem señala que el Gobierno Nacional podrá establecer límites por concepto de gastos administrativos y operativos de la actividad de promoción, en los casos en los que las EPS presten directamente los servicios.

El artículo 15 de la ley 1122 establece, de un lado, que las EPS “(...) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud”, y de otro, que las EPS del régimen contributivo deben garantizar la inclusión en sus redes de IPS de carácter público. Como se indicó en la sentencia C-1041 de 2007[79], en la que se declaró exequible el artículo 15 de forma condicionada[80], ese precepto, aunque limita las libertades económicas de las EPS, se ajusta a la Carta, ya que lo hace de manera proporcionada en tanto persigue fines importantes como mejorar la calidad del servicio y controlar abusos de la posición dominante de las EPS, y se vale de un medio conducente para el efecto –existen estudios que respaldaban la relación de causalidad de restricción con el mejoramiento del sistema-.

Por su parte, según el artículo 16 ibídem, las EPS del régimen subsidiado deben tener ciertos porcentajes mínimos de contratación con las empresas sociales del estado (ESE), de acuerdo con la disponibilidad geográfica y otros factores.

2.5.4. Esta regulación ha llevado a la Corte a concluir en varias oportunidades que los recursos de la seguridad social en salud, en particular las cotizaciones que se recaudan entre los afiliados al régimen contributivo, son contribuciones parafiscales y, por tanto, tienen naturaleza pública y una destinación específica. Algunos de los fallos más importantes en la materia son los siguientes:

2.5.4.1. En la sentencia SU-480 de 1997[81], al revisar los fallos de tutela dictados con

ocasión de varias solicitudes de amparo de afiliados al sistema, a quienes distintas EPS negaban varios medicamentos y procedimientos por no estar en el POS, la Sala Plena hizo un examen de la estructura financiera del SGSSS y resaltó lo siguiente: (i) los recursos que las EPS reciben -recaudan- por concepto de cotizaciones, copagos, bonificaciones y similares son recursos parafiscales que, en consecuencia, deben ser administrados en cuentas diferentes a los de los recursos propios de las EPS; para estos efectos, las EPS actúan como meros recaudadores de recursos públicos[82]; (ii) para que las EPS cumplan sus funciones, el SGSSS les reconoce una UPC por cada afiliado, cuyo valor es definido por los órganos rectores del sistema atendiendo a criterios indicados en la ley 100; (iii) la UPC debe destinarse por las EPS a garantizar el contenido del POS; (iv) no obstante, las EPS tienen derecho a una legítima ganancia[83].

A continuación, la Corte recordó que, según la jurisprudencia constitucional, es obligación de las EPS suministrar todos los medicamentos y servicios prescritos por los médicos tratantes, incluso aquellos no señalados en el POS cuando esté de por medio la vida del paciente[84]. No obstante, como los medicamentos y procedimientos no contemplados en el POS no son remunerados por la UPC, la Corte indicó que en esos casos, para asegurar el equilibrio del sistema y no imponer una carga desproporcionada a las EPS, éstas podrían repetir contra el Estado, específicamente contra el Fosalgo[85].

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte concedió la tutela en los casos en los que existía orden del médico tratante y autorizó a las EPS a repetir contra el Fosalgo.

La Corporación señaló que la participación de los particulares sería inconstitucional si “(...) la presencia de entidades intermediarias para la administración del RS, (...) estuviera explícitamente prohibida por alguna disposición de la Carta, o representara un costo irracional e innecesario, ya que, de ser así, su incorporación podría ser considerada un obstáculo para el logro de la universalidad, ya que la ley habría establecido un sistema manifiestamente ineficiente”.

Además recordó que la destinación específica de los recursos del sistema no se limita al acto médico. Al respecto, resaltó: “(...) por prestación del servicio de salud o de seguridad social en salud no puede entenderse únicamente la realización del acto médico sino también la ejecución de todos otros aquellos aspectos de prevención, administración de

recursos, divulgación y promoción, entre otros, que hacen posible y eficiente la acción directa de los profesionales de la salud.” En este orden de ideas, la Corporación precisó que no puede entenderse que el pago de los gastos administrativos –los cuales incluyen una legítima ganancia- de los particulares que participan en la administración del régimen subsidiado sea una desviación de los recursos de la salud, ya que “(...) los gastos administrativos de esas entidades, que son necesarios para la prestación efectiva del servicio médico”. Vale la pena destacar el siguiente aparte del fallo:

“Así, por ejemplo, si la ley hubiera optado por mantener un subsidio a la oferta y una financiación directa de los hospitales y centros de salud, de todos modos tendrían que existir entidades administrativas que coordinen la labor asistencial de esos hospitales y centros médicos, y que permitan el acceso de los usuarios de escasos recursos a esas instituciones prestadoras de salud. En tal contexto, ¿sería razonable suponer que la financiación de esa labor administrativa es un desvío de los recursos de salud? Obviamente que no, pues sin esas tareas de coordinación, no sería posible la realización eficiente de los actos médicos, a pesar de los subsidios a la oferta.

En ese mismo orden de ideas, si la ley hubiera establecido que directamente las autoridades públicas locales debían administrar el subsidio a la demanda, de todos modos esa gestión implicaría costos administrativos, y sería igualmente irrazonable suponer que esos gastos son una desviación de los recursos de seguridad social a otros fines ya que, insiste la Corte, las personas pobres no pueden beneficiarse de esos subsidios, si no existe una organización administrativa eficiente que permita que el subsidio llegue al usuario que lo requiere, y que éste sepa como utilizarlo adecuadamente.

En tal contexto, no es razonable suponer que los gastos en que incurran las ARS para llevar a cabo su labor de administración del RS, y la legítima ganancia que esas entidades tienen derecho a obtener[87], representen una desviación de los recursos de seguridad social. Otra cosa sería que la ley autorizara a esas entidades a utilizar esos fondos para labores sin relación con la prestación de los servicios de salud en el RS. Pero ello no es así, ya que, como bien lo destacan varios intervinientes, el ordenamiento ha sido cuidadoso en evitar que esos dineros se confundan con el presupuesto general de las ARS. Estas entidades deben diferenciar los recursos provenientes del RS de sus dineros propios, de conformidad con lo señalado tanto en el numeral 5 del artículo 24 como en el artículo 25 del decreto

1895 de 1994, precisamente para asegurar que los recursos de seguridad social no sean destinados a otros fines” (negrilla fuera del texto).

Luego, esta Corte concluyó que la participación de las antiguas ARS en el régimen subsidiado no constituía una decisión caprichosa del Legislador, pues según varias consideraciones técnicas y empíricas tenidas en cuenta, podía ayudar a mejorar la eficiencia del sistema.

Con fundamento en estas consideraciones se declararon exequibles los artículos 215 y 216 de la ley 100.

2.5.4.3. En la sentencia C-828 de 2001[88], al abordar una demanda contra el artículo 1º la ley 633 de 2000 por gravar con el Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) todas las transacciones entre EPS e IPS, incluidos los pagos de los servicios del POS, la Corte sostuvo que los recursos del SGSSS son parafiscales, incluidos los pagos de las EPS a las IPS por contenidos del POS, y por tanto, no pueden ser gravados con impuestos generales como el GMF, so pena de violar el artículo 48 de la Constitución.

Respecto a la UPC, este tribunal precisó que representa el pago de los servicios administrativos en los que incurre la EPS, así como el costo de la prestación de los contenidos del POS, razón por la cual no puede catalogarse como una renta propia de las EPS. También aclaró que la UPC no puede interpretarse en estricto sentido como una prima de seguro, ya que la relación entre la EPS y sus afiliados no es la de un contrato de seguros clásico “(...) porque en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general”.

En el caso específico, la Corte observó que la disposición demandada no hacía distinción entre los contratos de prestación de servicios de salud cubiertos por el POS y los contratos de sobreaseguramiento en salud propios de los planes complementarios y demás servicios ofrecidos por las EPS, de modo que gravaba las dos transacciones por igual, lo que significaba una violación del artículo 48 superior. Por esta razón declaró exequible el precepto acusado en el entendido que “(...) la exención comprende las transacciones financieras que se realicen entre las EPS y las IPS y entre las ARS y las IPS con motivo de la

prestación del Plan Obligatorio de Salud”.

2.5.4.4. En la sentencia C-1040 de 2003[89], en vista de una demanda contra el artículo 111 (parcial) de la ley 788 de 2002 bajo el argumento de que desconocía la destinación específica de los recursos de la seguridad social al gravar en porcentajes del 20% -en el régimen contributivo- y 15% -en el régimen subsidiado- los recursos que reciben las EPS de la UPC con el impuesto de industria y comercio, la Corporación explicó que los recursos del SGSSS son parafiscales y que la destinación específica cubre tanto los rubros dirigidos a la prestación de los servicios del POS, como los de gastos de administración del sistema[90], los cuales consideró que son los destinos de la UPC. Estos rubros, en consecuencia, señaló la Sala que no pueden ser materia de impuestos, pues ello alteraría la destinación específica, razón por la cual declaró inexecutable las expresiones “en el porcentaje de la Unidad de Pago Por Capitación, UPC, destinado obligatoriamente a la prestación de servicios de salud”, “Este porcentaje será para estos efectos, del ochenta por ciento (80%) en el régimen contributivo y del ochenta y cinco por ciento (85%) de la UPC en el régimen subsidiado” del artículo demandado.

2.5.4.5. En la sentencia C-549 de 2004[91], con ocasión de una demanda contra el literal d) del artículo 16 de la ley 790 de 2002 y la totalidad del decreto 1750 de 2003 -sobre la escisión del Instituto de Seguros Social (ISS) y el traslado de varios centros hospitalarios y clínicas a las nuevas ESE creadas con ocasión de la escisión-, la Corte reiteró que “las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud se erigen como contribuciones parafiscales”.

El actor alegaba que los preceptos demandados desconocían los artículos 150-12 y 338 de la Constitución, en tanto los centros y hospitales escindidos del ISS habían sido adquiridos con recursos parafiscales, de modo que al entregarlos a las nuevas ESE, se afectaba la destinación específica de los recursos.

La Corte sostuvo que efectivamente las cotizaciones que se recaudan por el SGSSS son contribuciones parafiscales, “(...) pues constituyen un gravamen que se cobra a un grupo de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuya destinación específica es financiar ese mismo Sistema, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad”. En consecuencia -continuó-, las cotizaciones no son recursos propios de las

EPS “(...) sino dineros públicos que deben destinarse a la prestación del servicio público de salud”. Sin embargo, en el fallo se aclaró que “(...) el carácter parafiscal se predica tan solo los recursos provenientes de las cotizaciones, más no de los bienes y rentas propios de la entidades que prestan el servicio. Por ello la Corte ha distinguido entre los recursos parafiscales que administran las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud y su propio patrimonio y rentas” (negrilla fuera del texto).

Después de estas consideraciones, la Corporación concluyó que las disposiciones demandadas eran exequibles frente al cargo analizado, por las siguientes razones que vale la pena transcribir:

“(i) Porque como se acaba de explicar, el patrimonio de las entidades cuyo objeto social es la prestación del servicio público de salud no constituye un ‘recurso parafiscal’, por lo cual su transferencia o transferencia parcial a otras entidades no puede desconocer la destinación específica de este tipo de recursos.

(ii) Porque, lo más importante, la parafiscalidad no puede interpretarse en el sentido según el cual tal categoría de recursos sólo pueden destinarse al beneficio individual y personal de quienes los han tributado, sino que debe entenderse que esas contribuciones están destinadas a favorecer a todo el sector que las tributa; por lo cual, aun suponiendo que los activos patrimoniales propios del ISS que se transferirán a las nuevas empresas creadas a partir de la escisión hubieran sido adquiridos con recursos parafiscales, y que esta circunstancia impidiera dirigirlos a otra destinación diferente de la prestación del servicio público de salud, es claro que ello no sucederá, pues en las nuevas empresas que se crean tales bienes patrimoniales continuarán dedicados a favorecer al mismo sector que los tributó, es decir al Sistema de Seguridad Social en Salud.

(iii) Finalmente, la Corte observa que el supuesto fáctico sobre el que se edifica esta acusación no está probado. Es decir, no se encuentra demostrado que los bienes patrimoniales del ISS que se transferirán a las nuevas empresas sociales del Estado hayan sido totalmente adquiridos con las cotizaciones hechas por los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud.”

2.5.4.6. Posteriormente, en la sentencia C-824 de 2004[92], con ocasión de una demanda contra el artículo 48-10 (parcial) de la ley 788 de 2002 porque, a juicio del demandante,

sometía los gastos administrativos de las EPS al GMF y, por tanto, era contrario a la destinación específica de los recursos de la salud, la Corte reiteró que las cotizaciones, tarifas, copagos y bonificaciones que las EPS recaudan son contribuciones parafiscales que no se pueden confundir con su patrimonio, e indicó que uno de los destinos de esos recursos permitido por la Constitución es el pago de los gastos administrativos en los que incurren las EPS.

Para la Corporación, los gastos administrativos que paga la UPC son necesarios para la prestación del servicio de seguridad social en salud, por tanto, hacen parte de la destinación específica a la que alude el artículo 48 superior y por ello no pueden ser gravados con el GMF. En palabras de la Corte:

“En ese orden de ideas, si es necesario que una parte de los recursos del SGSSS sean dedicados a gastos administrativos, precisamente para que el sistema pueda operar y puedan ser realizados los actos médicos, entonces es obvio que los dineros destinados a financiar esos gastos administrativos son recursos del sistema de seguridad social, que no pueden entonces ser gravados, ya que dichos gravámenes implican que una parte de esos ingresos entraría a engrosar el presupuesto general, con lo cual un componente de los dineros de la seguridad social es destinado a otros propósitos, con clara vulneración de la prohibición prevista en el artículo 48 superior.”

Lo contrario ocurre con los recursos propios de las EPS originados en sus ganancias, contratos de medicina prepagada, etc., los cuales, precisó la Corporación, no son recursos del sistema y, por tanto, sí pueden ser gravados[93].

Por estas razones se declaró inexecutable la expresión “diferentes a los que financian gastos administrativos” del precepto demandado.[94]

2.5.5. No obstante la naturaleza parafiscal y, por tanto, la destinación específica de los recursos originados en las cotizaciones, copagos, tarifas, etc., que recaudan las EPS, de la anterior exposición es importante resaltar dos aspectos:

En primer lugar, la Corte ha reconocido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad

razonable[95], pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las EPS.

Dicho beneficio económico -utilidad-, por su propia naturaleza, hace parte de los recursos propios de la EPS y, en consecuencia, es de libre destinación. En este contexto deben ser leídas particularmente las sentencias C-828 de 2001, C-1040 de 2003 y C-824 de 2004, es decir, si bien es cierto la UPC se origina en recursos parafiscales y su finalidad principal es pagar el aseguramiento del POS a cargo de las EPS y sus gastos de administración, la remuneración incluye un margen de utilidad que es propiedad de las EPS. No obstante, la Corte debe precisar que si el porcentaje de los gastos de administración genera excedentes, significa que la fijación de la UPC, que corresponde a los órganos rectores de la seguridad social[96], fue realizada con base en información desactualizada o no fiable, siendo responsabilidad de las entidades estatales que efectuaron el cálculo, evitar que los dineros de la salud entren, sin justificación suficiente, como recursos propios, a las arcas de las EPS a través de dicho rubro.

En segundo lugar, la destinación específica de los recursos parafiscales de la seguridad social ha sido entendida de manera amplia por esta Corporación, en el sentido que comprende, entre otros aspectos, la financiación parcial de las funciones de vigilancia y control que desarrolla la Superintendencia Nacional de Salud[97] y los gastos administrativos de las EPS[98]. Estas actividades tienen en común el ser necesarias para el adecuado y eficiente funcionamiento del SGSSS.

2.6. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE AMPLIACIÓN PROGRESIVA DE LA COBERTURA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

2.6.1. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, “[e]l Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley”. Como la Sala tuvo la oportunidad de explicar anteriormente, la seguridad social otorga el derecho a la protección frente a contingencias que afectan la salud, de ahí que pueda hablarse de la seguridad social en salud como una modalidad específica del derecho a la seguridad social.

El artículo 48 superior se encuentra en concordancia con el artículo 2.1 del PIDESC y el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Según el primero, los estados partes –como Colombia- se comprometen a “(...) adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, derechos entre los que se encuentran la seguridad social y la salud. Un mandato similar se encuentra en el segundo artículo.

El artículo 2.1. del PIDESC fue interpretado por el Comité DESC –órgano encargado de hacer seguimiento al cumplimiento del pacto- en su Observación General No. 3. En dicho documento, el Comité precisó que “(...) el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un periodo corto de tiempo”, sin que ello signifique que los estados no deban comenzar a adoptar medidas de manera inmediata. Para el Comité, este principio “(...) impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta”, así como la adopción de medidas “(...) deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.

2.6.2. En desarrollo de estas disposiciones, entre otras, esta Corporación ha indicado que los contenidos prestacionales de los derechos fundamentales –como la salud y la seguridad social- están sometidos al principio de progresividad y no regresión[99], el cual conlleva (i) la obligación del Estado de ampliar su nivel de realización y (ii) la proscripción de la reducción de los niveles de satisfacción actuales[100].

En la sentencia C-671 de 2002[101], la Corte definió este principio de la siguiente forma que vale la pena destacar:

“[E]l mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos

sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional” (referencias eliminadas).

Además, en la sentencia C-372 de 2011, este tribunal aclaró:

“(…) este principio no implica una prohibición absoluta de adoptar medidas regresivas; se trata de una prohibición prima facie, pues tales medidas pueden tener lugar al amparo de la Carta, siempre y cuando se encuentren debidamente justificadas en términos de realización de otros derechos fundamentales y después de un exhaustivo análisis de las otras opciones disponibles. En este sentido, en la sentencia C-1141 de 2008, la Corte precisó que la cláusula de no retroceso en definitiva supone que una vez logrados ciertos avances en la concreción de los derechos, ‘(…) las condiciones preestablecidas no pueden ser desmejoradas sin el cumplimiento de una rigurosa carga justificativa por las autoridades competentes” (referencias eliminadas).

2.6.3. En el marco de la seguridad social, con fundamento en la Observación General No. 19 del Comité DESC, la Sala estima que algunos de los contenidos prestacionales sujetos al principio de progresividad son:

En primer término, la disponibilidad de uno o varios planes que garanticen las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales cubiertos por el derecho, y que como indica ese documento, deben abarcar garantías frente a al menos las siguientes contingencias: deterioro de la salud y pérdida o deterioro de los ingresos por enfermedad, vejez, desempleo y accidentes laborales, así como prestaciones para protección de grupos vulnerables como niños, personas en situación de discapacidad, madres de recién nacidos, huérfanos y sobrevivientes.

En segundo lugar, los niveles de prestaciones en términos de importe y duración, a fin de que se garanticen condiciones de vida adecuadas y acceso suficientes a la atención de salud.

Por último, la accesibilidad de los sistemas de seguridad social en términos de

cobertura[102], condiciones (las cuales deben ser razonables, proporcionadas y transparentes), asequibilidad, participación y acceso físico.

2.6.4. Esta Corte considera que dado que la controversia gira en torno a la seguridad social en salud, también es preciso referirse a los contenidos del derecho a la salud sujetos al principio de progresividad. Como lo ha venido haciendo desde hace varios años, la Sala también apela en este punto a las observaciones del Comité DESC, específicamente a la Observación General No. 14 sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” [103]. Algunos de esos contenidos son:

En primer término, la disponibilidad, garantía que guarda relación con la existencia de “(...) un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”[104].

En segundo término, la accesibilidad, según la cual los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. En este respecto, si bien es cierto la obligación de no discriminación es de exigibilidad inmediata, la accesibilidad física, económica y en términos de información debe ampliarse progresivamente.

En tercer término, la aceptabilidad, de conformidad con la cual todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados.

Finalmente, la calidad, contenido que demanda que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista científico y médico, y de buena calidad.

2.6.5. A partir de las anteriores disposiciones y consideraciones, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la obligación del Estado de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud se refiere a la afiliación y a la ampliación de los servicios disponibles, incluida la infraestructura médica, entre otros aspectos. Además, ha precisado que para cumplir esta obligación, es preciso que haya continuidad y ampliación progresiva de los recursos destinados para el efecto.

2.6.5.1. En este sentido, en la sentencia C-1089 de 2000[105], la Corte consideró que el Legislador, en ejercicio de su libertad de configuración del SGSSS, puede optar por subsidios

a la oferta o a la demanda para ampliar la cobertura del sistema en términos de afiliación y prestación de servicios, específicamente de la población más pobre y vulnerable, y establecer que dichos subsidios se administren a través de entidades como las antiguas ARS[106].

2.6.5.2. En la sentencia C-1165 de 2000[107], esta Corporación estimó que la obligación de ampliación progresiva impide disminuir los recursos destinados al Fosyga, específicamente para financiar el régimen subsidiado, pues esos dineros se emplean en la ampliación de los niveles de afiliación y mejorar la calidad. Por esta razón se declaró inexecutable el literal c) del artículo 34 de la ley 344 de 1996, disposición que en el marco de medidas de racionalización del gasto público, reducía la financiación de los recursos del Presupuesto General de la Nación dirigidos al Fosyga. La Corte señaló:

“Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aun estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales.”

2.6.5.3. Por razones similares, en la sentencia C-040 de 2004[108], la Corte declaró inexecutable la expresión “con un cuarto de punto (0.25) de lo aportado por los afiliados al régimen contributivo” contenida en el artículo 42.20 de la ley 715 de 2001, ya que significaba una reducción de los recursos originados en el régimen contributivo y destinados a ayudar a financiar el régimen subsidiado. Se destaca el siguiente aparte:

“En este sentido, la Sala constata que en el presente caso se violan los mínimos de protección de la población más pobre y vulnerable dado que en las circunstancias y presupuestos previstos en la norma ni siquiera pueden acceder al régimen subsidiado.

Desde esta perspectiva, si conforme al principio de universalidad, el Estado debe garantizar

la cobertura en seguridad social a todas las personas que habitan el territorio nacional e implementar, a medida que mejora el nivel de desarrollo del país, las condiciones para que las personas que aún se encuentran por fuera del régimen subsidiado de salud puedan ingresar a él (principio de progresividad), una norma como la acusada transgrede los principios fundamentales del Estado social de derecho por cuanto mientras haya población pobre no afiliada a dicho régimen no se estará cumpliendo con el mínimo de cobertura exigido por la Constitución.”

Además, esta Corporación resaltó que la existencia de fuentes privadas de financiación del régimen subsidiado no releva al Estado de hacer los aportes suficientes, graduales y necesarios para ampliar progresivamente la cobertura del sistema.

2.6.5.4. Luego, en la sentencia C-349 de 2004[109], al examinar una demanda contra el literal d) del artículo 16 de la ley 790 de 2002 y la totalidad del decreto 1750 de 2003 porque, a juicio del actor –entre otros cargos-, la escisión del ISS conducía a una reducción de la oferta de salud para los colombianos, la Corte recordó el carácter universal y expansivo de la seguridad social, en virtud del cual debe propender por ofrecer a las personas el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, y no limitarse a las prestaciones básicas[110]. En este orden de ideas, explicó que la obligación de ampliación progresiva y el principio de universalidad no se refieren solamente a la “extensión del servicio público de salud a todos los habitantes del territorio nacional” –afiliación-, sino también a la ampliación de la cobertura en términos de servicios disponibles, lo que supone, como se indicó en la sentencia C-1165 de 2002, la imposibilidad de reducir sin justificación constitucional, los recursos destinados para el efecto.

En relación con los cargos formulados, la Corte encontró que las disposiciones censuradas no se oponían a la Carta, ya que no conllevaban una reducción de la cobertura del servicio. Además, a juicio de la Corporación, la decisión se había basado en estudios técnicos –lo que descartaba la arbitrariedad de la decisión- que mostraban que la escisión era una medida adecuada para solucionar los problemas financieros del ISS y mantener la oferta de servicios.

2.6.5.5. Por último, vale la pena destacar la sentencia C-1041 de 2007[111], en la que la Corte aclaró que la ampliación progresiva de la cobertura se predica de todo el sistema, es

decir, es el sistema en conjunto, y no las EPS individualmente consideradas, a quien corresponde progresivamente ampliar la cobertura. Por esta razón, la Corte desestimó el cargo que se dirigía contra el artículo 15 de la ley 1122 -que restringe la integración vertical de las EPS- por obstaculizar la ampliación de la cobertura, en tanto, a juicio del demandante, impide a las EPS ser eficientes para atraer más afiliados[112].

2.7. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY 1438

2.7.1. Antes de la aprobación del artículo 23 de la ley 1438, había un intenso debate entre algunos actores del SGSSS y la Contraloría sobre la posibilidad de que las EPS adquirieran activos fijos con cargo a los recursos que perciben por las UPC. Esta discusión se suscitó, entre otras razones, por la ausencia de reglas específicas en la materia y la existencia de disposiciones que animaban interpretaciones opuestas.

2.7.1.1. Por un lado, en la circular externa 26 de 2006, la Superintendencia Nacional de Salud declaró que la inversión de recursos provenientes de la UPC en infraestructura es una práctica insegura e ilegal. La razón principal en la que se basó su instrucción es la naturaleza parafiscal de los recursos que perciben las EPS -de acuerdo con la jurisprudencia constitucional-, lo cual, en criterio de la entidad, conduce a que solamente puedan utilizarse “(...) en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS y su administración”. Esta advertencia fue reiterada en la circular externa 49 de 2008 y en el concepto jurídico 1-2010-028671 de 2010.[113]

Recientemente, en el auto del 10 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró que la interpretación de la circular externa 26 de 2006 era la correcta a la luz de la normativa constitucional y legal vigente antes de la ley 1438[114]. En el marco de la controversia que dio lugar a dicho auto, la Contraloría adoptó la misma interpretación[115].

2.7.1.2. Las EPS, por su parte, alegaban que la UPC es una prima de seguro, de modo que, una vez transcurrido el periodo de aseguramiento -un mes- y después de pagar los costos del suministro del POS y los gastos administrativos, genera una utilidad a su favor que ingresa a su patrimonio y puede ser invertida según su objeto social, incluso en la adquisición de activos fijos.

Esta interpretación era animada por conceptos jurídicos emitidos en ciertos momentos por la Superintendencia Nacional de Salud y la Contraloría, que se apartaban de las interpretaciones explicadas en párrafos anteriores. Por ejemplo, en el concepto jurídico del 13 de mayo de 2010 titulado “Criterios del ejercicio de control fiscal – Destinación y uso de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de las EPS”, dirigido a los representantes legales de las EPS del régimen contributivo, la Contraloría afirmó, entre otras cosas, (i) que las EPS tienen derecho a recibir utilidades[116]; (ii) que entre las finalidades a las que se puede destinar la UPC –por ser finalidades del sistema- se incluyen “(...) los pagos a terceros por servicios prestados en materia de salud o actividades administrativas relacionadas con todas las funciones de las EPS, la financiación de los costos por la prestación directa de los mismos, así como la realización de inversiones que resulten indispensables para tal fin, en el entendido de que estas últimas no podrán afectar el cumplimiento estricto de las obligaciones de la respectiva entidad”; y (iii) que la calificación como práctica insegura del empleo de la UPC para la adquisición de activos fijos, no se aplica a las ganancias legítimas de las EPS, las cuales fueron identificadas como los excedentes mensuales de liquidez después de la prestación de los servicios del POS y el pago de los gastos de administración[117]. Incluso la Contraloría afirmó que el uso de ese remanente de liquidez no requería que previamente la entidad hubiera incorporado las utilidades contables.

Esta última interpretación también se fundamentaba en varias disposiciones de la normativa del SGSSS que establecían algunos eventos en los que las EPS podían invertir en infraestructura. Por ejemplo, el decreto 1485 de 1994 contemplaba regulaciones sobre margen de solvencia de las EPS y permitía la inversión de recursos de las EPS en infraestructura en algunos casos después de cumplidas las primeras reglas[118]. Más recientemente, el decreto 574 de 2007, modificado por el decreto 1698 del mismo año, definió la fórmula de cálculo del patrimonio técnico de las EPS, y en el párrafo 2 del artículo 6 señaló que a partir de la fecha de entrada en vigencia del decreto, las EPS solamente podrían realizar nuevas inversiones en los siguientes activos, una vez satisfecho el máximo monto de margen de solvencia y después de concluido el periodo de transición establecido por el decreto: “[l]as inversiones en infraestructura destinadas o usadas para la prestación de servicios de salud de forma directa o indirecta”.

2.7.2. En este contexto fue presentado por los senadores Dilian Francisca Toro Torres y

Jorge Eliecer Ballesteros el proyecto de ley 01 de 2010 Senado, el cual sería respaldado por el Gobierno. A este proyecto posteriormente se acumularía otros sobre la misma materia, es decir, reformas al SGSSS, en virtud de un mensaje de urgencia del Gobierno.

2.7.2.1.Desde el comienzo del debate legislativo estuvo presente la idea de que existía un déficit de regulación que daba lugar a incentivos de conductas rentísticas inadecuadas por parte de los particulares, y que tal situación estaba amenazando el flujo de recursos y la sostenibilidad del sistema.[119] Para solucionar este problema, entre otros, el proyecto de ley 01 de 2010 Senado y otros de los proyectos acumulados plantearon medidas para el fortalecimiento de los entes de regulación y control, y la creación de mecanismos de fiscalización más eficientes, entre otros.

2.7.2.2.Durante el debate legislativo surgió la fórmula adoptada en el texto final del artículo 23. Su aprobación estuvo precedida de propuestas sobre (i) obligar a las EPS a hacer públicos los porcentajes de la UPC que dedican a administración y prestación de los servicios del POS[124], (ii) impedir la integración vertical[125], (iii) limitar los gastos de administración que se pagan a las EPS en términos de porcentaje de la UPC y facilitar el flujo de recursos hacia las IPS[126], y (iv) restringir los demás destinos de la UPC[127].

2.7.2.3.Luego, en la plenaria del Senado se suscitó una discusión importante sobre la redacción del inciso segundo; algunos senadores sostenían que debía prohibirse definitivamente la adquisición de activos fijos y cualquier otro gasto distinto a la prestación de servicios de salud, por ello sugerían el empleo del conector “o” o “u” en vez de la preposición “en” [128]. Otros defendían el uso de la preposición “en”, pero por razones diferentes; unos porque estimaban que no cambiaba el sentido del inciso, es decir, pese a al empleo de la preposición “en”, quedaba claro que las EPS no podrían invertir los recursos de la salud en ningún activo fijo[129]; otros, por el contrario, consideraban que era necesario mantener la preposición “en” con el fin de permitir a las EPS, como ocurre con las IPS, invertir en activos fijos para mejorar la prestación de los servicios a su cargo[130].

Finalmente, el texto aprobado en la plenaria del Senado fue el siguiente:

“Artículo 24. Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud. Dado que los recursos son parafiscales, el Ministerio de la Protección Social fijará el factor máximo de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de

eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos que midan el gasto en salud. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de inhabilitación. Dicho factor no podrá superar el 10% del valor de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado

Parágrafo 1°. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más partir del primero (1°) de enero de 2012.

Parágrafo 2°. Los gastos de administración para el Régimen Subsidiado se mantendrán en el 8%.”[131]

2.7.2.4.En la plenaria de la Cámara de Representantes se dio un debate similar frente a la propuesta de los ponentes que empleaba la preposición “en”[132], y surgió la propuesta de reemplazarla por el conector “ni”[133]. Después de varios cambios, se aprobó el siguiente texto:

“Artículo 24. Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud. El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para financiar activos fijos ni actividades distintas a la prestación de servicios de salud.

Parágrafo transitorio. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen subsidiado seguirá

manejando el 8%.”[134]

2.7.2.5.La comisión de conciliación acogió en su mayoría el texto aprobado por la Cámara, el cual posteriormente fue adoptado como texto definitivo:

“Artículo 23. Gastos de administración de las entidades promotoras de salud. El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.

Parágrafo transitorio. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen Subsidiado seguirá manejando el 8%.”[135]

2.8. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD

2.8.1. Integración de la unidad normativa

En esta oportunidad la Sala advierte la necesidad de llevar a cabo una integración normativa con el inciso primero de la disposición acusada. Las razones que sustentan esta decisión son las siguientes:

2.8.1.1.En casos excepcionales de control abstracto, la Corte Constitucional ha encontrado necesario integrar al juicio de constitucionalidad que adelanta, preceptos que no han sido censurados. Esta posibilidad ha sido denominada integración de la unidad normativa.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la integración normativa puede llevarse a

cabo cuando: (i) el precepto demandado no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderlo y aplicarlo resulta imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) la disposición cuestionada es reproducida en otros preceptos del ordenamiento que no fueron demandados; o (iii) la disposición censurada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra respecto de la cual se yerguen serias sospechas de constitucionalidad[136]. En esta última hipótesis, se requiere además “(i) en primer lugar, la existencia de una estrecha e íntima relación entre la norma demandada y algunas otras disposiciones no demandadas, con las cuales formaría una unidad normativa; y (ii) que respecto de las disposiciones no demandadas emerjan a primera vista serias dudas o cuestionamientos respecto de su constitucionalidad”[137].

Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que la integración de la unidad normativa en un juicio de control de constitucionalidad puede ser llevada a cabo de oficio por la Corporación cuando sea necesario para evitar un pronunciamiento inocuo. Esta posibilidad tiene carácter excepcional, especialmente en los escenarios de control rogado, ya que en estos casos el pronunciamiento de la Corte debe sujetarse al objeto y los cargos señalados en la demanda[138].

2.8.1.2. En esta oportunidad, el actor formula su demanda contra el inciso segundo del artículo 23 de la ley 1438, cuyo texto es el siguiente: “Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado”.

La Sala observa que para entender el contenido normativo de este precepto es indispensable integrar al examen de constitucionalidad, el inciso primero del mismo artículo, cuyo texto es el siguiente:

Este inciso condiciona la interpretación que debe darse al precepto censurado, pues limita su ámbito de aplicación y permite entender su finalidad. En primer lugar, el título señalado en el inciso primero –“Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud”- hace ver que el artículo se refiere a las EPS y que su finalidad es regular principalmente los gastos de administración de dichas entidades. En segundo lugar, el inciso primero deja entrever que el artículo fue redactado con la finalidad de establecer controles a las EPS, sin desconocer que su actividad demanda el reconocimiento de gastos de administración. Por

tanto, los incisos primero y segundo del artículo 23 conforman una unidad normativa que para ser analizada, no puede separarse.

En este orden de ideas, dado que se presenta la primera hipótesis que amerita la integración de la unidad normativa, la Sala incluirá en su análisis de constitucionalidad el inciso primero del artículo 23 de la ley 1438.

2.8.2. Contenido normativo de los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438

Para poder estudiar la constitucionalidad de los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438, la Corte encuentra necesario primero determinar su contenido normativo a la luz de los métodos tradicionales de interpretación. Para llevar a cabo dicha labor, se presentan especialmente dificultades en relación con las siguientes expresiones: “recursos para la atención en salud”, y “activos fijos”, así como respecto de la definición de sus destinatarios. A continuación, la Sala se ocupará de esta labor interpretativa:

2.8.2.1. Lo primero que se advierte es que el inciso primero contiene tres contenidos normativos: (i) una orden dirigida al Gobierno Nacional para fijar el porcentaje de gasto de administración de las EPS, de acuerdo con dos tipos de condicionamientos: de un lado, con fundamento en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos, y de otro, teniendo en cuenta que el porcentaje no debe superar el 10% de la UPC; (ii) una prohibición de superar el porcentaje de gastos de administración fijado por el Gobierno, dirigida a las EPS; y (iii) una sanción por incumplimiento de la anterior prohibición y que consiste en ser una causal de intervención.

Por su parte, el inciso segundo contiene una prohibición, cuyo objeto –conductas proscritas– son la adquisición de activos fijos y las “actividades distintas a la prestación de servicios de salud”, mediante el empleo, sin distinción, de “recursos para la atención en salud” –medio-. El destinatario de la prohibición no es definido expresamente.

2.8.2.2. Una lectura histórica basada en los antecedentes legislativos demuestra que estos incisos fueron aprobados por el Congreso con el propósito de erradicar tres tipos de prácticas de algunas EPS consideradas nocivas para el SGSSS: (i) elevar injustificadamente sus gastos de administración mediante la inclusión de rubros que no son necesarios para

garantizar la prestación de los servicios del POS y las demás funciones a cargo de las EPS; (ii) usar los recursos que deben destinarse a la “atención en salud” a fines distintos a éste, específicamente, a la adquisición de activos fijos cuya propiedad queda en cabeza de las EPS; y (iii) comprometer la liquidez que necesita el sistema para asegurar la prestación oportuna de los servicios médicos. En otras palabras, el precepto fue adoptado (a) como una medida de control de las EPS (b) dirigida a asegurar que los recursos que del SGSSS se empleen de forma eficaz –de acuerdo con sus fines- y eficiente, y que (c) los servicios médicos se suministren de forma oportuna.

2.8.2.3.Los “activos fijos” son definidos desde el punto de vista contable como “[l]as propiedades, planta y equipo, representan los activos tangibles adquiridos, construidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlos, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año”.[139]

En el Congreso se presentó un debate específico sobre el tipo de activos fijos que debería cobijar la prohibición del inciso segundo. Algunos congresistas consideraron que la restricción no debía extenderse a los activos fijos que sirven para mejorar el servicio de las EPS, como permite la normativa en el caso de las IPS[140]. Sin embargo, la posición mayoritaria fue que los recursos para la atención en salud en ningún caso deben usarse para la adquisición de activos fijos, sean estos de infraestructura médica (hospitales, clínicas, etc.)[141] o de cualquier otra naturaleza (se mencionaron como ejemplos centros recreativos, oficinas, etc.). Por ello la expresión “para adquirir activos fijos” fue separada de la expresión “en actividades distintas a la prestación de servicios de salud” con el conector “ni”, como se explicó en apartes previos.

En suma, el inciso segundo del artículo 23 se refiere a todo tipo de activo fijo atendiendo a la definición contable.

2.8.2.4.En relación con la expresión “recursos para la atención en salud”, no existe una definición unívoca a nivel normativo. Una primera interpretación podría ser que la expresión se refiere a las fuentes de financiación del SGSSS, las cuales son señaladas en los artículos 182, 187 y 214 de la ley 100, entre otras disposiciones, y cuyo destino es la financiación de

los servicios de salud a cargo del sistema y los gastos administrativos, los cuales incluyen la utilidad razonable de los particulares que participan[142]. Por tanto, según esta primera exégesis, la expresión bajo examen aludiría a todos los recursos del sistema, sin distinguir si tienen como destino gastos administrativos o servicios médicos.

Sin embargo, tomando como base los antecedentes legislativos, la expresión “atención en salud” y el inciso primero del artículo 23, la Sala considera que la interpretación correcta es más restringida. En efecto, los debates evidencian que los parlamentarios entendieron que los “recursos para la atención en salud” son diferentes a los “gastos de administración”. Por ello, en el caso de los segundos, establecieron una medida de control distinta -una limitación a un porcentaje de la UPC definido por el Gobierno y que en todo caso no puede superar el 10%- en una parte diferente del artículo -el inciso primero-. De acuerdo con esta segunda exégesis, la expresión “recursos para la atención en salud” hace referencia a aquellos dineros dirigidos específicamente a la prestación de servicios de salud, una vez excluidos los gastos de administración, los cuales -reitera la Sala- comprenden la utilidad razonable a la que tienen derecho los particulares que participan.

Esta interpretación además da cuenta de la inclusión de la palabra “atención”, la cual se relaciona específicamente con la faceta asistencial del derecho fundamental a la salud, es decir, la que concierne a la provisión de servicios para su promoción y para la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de las enfermedades de las personas, en oposición a los gastos de administración necesarios para poder proveer tales prestaciones.

La Sala estima que esta última lectura concuerda además con una visión comprensiva de la estructura financiera del SGSSS. Ciertamente, los recursos que lo financian, particularmente aquellos originados en cotizaciones, copagos y cuotas moderadoras y que tienen naturaleza parafiscal, poseen una destinación específica, esta es, financiar el cumplimiento de los objetivos del sistema. Para el logro de esos objetivos, es preciso costear, además de los gastos de los servicios médicos, los costos operativos del sistema y la utilidad razonable de los particulares que participan, toda vez que no hacerlo implicaría someterlos a una carga desproporcionada y anular sus libertades económicas[143].

2.8.2.5.Finalmente, dado el texto del inciso primero, la Sala entiende que los destinatarios

del artículo 23 son las EPS, pues el título del artículo se refiere expresamente a dichas entidades y la disposición se ubica en el título IV de la ley 1438 sobre aseguramiento. Además, atendiendo a la última oración del inciso segundo, la prohibición cobija tanto a las EPS del régimen contributivo como subsidiado.

2.8.2.6. Para resumir, de acuerdo con el análisis emprendido por la Sala, el inciso primero contiene tres contenidos normativos: (i) una orden dirigida al Gobierno Nacional para fijar el porcentaje de gasto de administración de las EPS, de acuerdo con dos tipos de condicionamientos: de un lado, con fundamento en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos, y de otro, teniendo en cuenta que el porcentaje no debe superar el 10% de la UPC; (ii) una prohibición dirigida a las EPS de superar el porcentaje de gastos de administración fijado por el Gobierno; y (iii) una sanción por incumplimiento de la anterior prohibición y que consiste en ser una causal de intervención.

Por su parte, el inciso segundo prohíbe a las EPS del régimen contributivo y subsidiado, adquirir cualquier tipo de activo fijo –según su definición contable- o financiar actividades distintas a la prestación de servicios de salud, mediante el uso de “los recursos para la atención en salud”. Esta última expresión se refiere a los dineros específicamente dirigidos a financiar servicios de salud, una vez excluidos los gastos administrativos, cuyo porcentaje debe ser fijado por el Gobierno Nacional de conformidad con el inciso primero y en todo caso no pueden superar el 10% de la UPC, como una de las fuentes de financiación de las EPS.

2.8.3. Examen de los cargos

2.8.3.1. La Corte advierte que los cargos formulados por el demandante parten de la siguiente interpretación del inciso censurado: éste prohíbe a las EPS utilizar los recursos de la UPC, incluidos los excedentes que quedan después del pago de los servicios médicos a su cargo, para adquirir activos fijos con el fin de ampliar su infraestructura médica –bajo el modelo de integración vertical- y ofrecer mejores servicios a sus afiliados. Tal interpretación se deduce de las consideraciones iniciales de la demanda. La Sala además observa que la misma interpretación fue acogida por los intervinientes y el Ministerio Público.

Bajo el anterior entendido, el actor alega que el precepto es contrario al artículo 48 de la

Carta por dos cargos que fueron encontrados aptos por la Sala: (i) porque impide a las EPS, como particulares, contribuir a la ampliación de la cobertura del SGSSS mediante la adquisición de activos fijos para la prestación de servicios de salud con recursos de la UPC –se advierte que el demandante solamente se refiere a esta fuente de recursos de las EPS-, pese a que el artículo 48 dispone que el Estado con la participación de los particulares debe emprender tal tarea; y (ii) porque obstaculiza el cumplimiento de la obligación de ampliación progresiva de la seguridad social en salud, la cual involucra tanto la afiliación de nuevos beneficiarios, como la extensión y mejoramiento de la infraestructura médica.

2.8.3.2.A juicio de esta Corporación, si bien la exegesis del demandante del inciso segundo del artículo 23 --acogida también por los intervinientes y el Procurador- a primera vista es razonable --y por ello la Sala asumió el conocimiento del fondo de la controversia-, después del análisis emprendido en secciones anteriores, se debe concluir que solamente es parcialmente cierta. En efecto, la Sala explicó que la expresión “los recursos para la atención en salud” se refiere específicamente a los dineros dirigidos a la prestación de servicios inherentes a la garantía de ese derecho fundamental, una vez excluidos los gastos administrativos.

En este orden de ideas, el componente de gastos de administración de la UPC no está afectado por la prohibición del inciso segundo y puede ser usado por las EPS para la adquisición de activos fijos, cuando ello sea necesario para garantizar la operación en estricto sentido de la EPS o con cargo a la utilidad razonable que el sistema les reconoce --recuérdese que según la nueva normativa esa utilidad está comprendida en el porcentaje que se reconoce como gasto de administración-. Esta interpretación es necesaria para garantizar el adecuado funcionamiento del SGSSS, pues ciertos activos fijos, como lo señala la definición contable, son requeridos para el giro ordinario de una empresa, como las EPS. Otros activos fijos pueden ser también adquiridos por las EPS con la porción de esos gastos de administración que corresponde a su utilidad, ya que en tanto recursos propios, pueden dedicarse a las finalidades que elija la entidad según su razón social. Con ese porcentaje de utilidad, y con sujeción a las reglas de integración vertical, las EPS pueden entonces invertir en infraestructura médica y de esa forma contribuir a la ampliación de la cobertura del SGSSS.

En resumen, los cargos del demandante parten de una premisa parcialmente cierta, pues

de acuerdo con la labor interpretativa emprendida por la Sala, el inciso segundo no prohíbe de forma absoluta que los recursos que reciben las EPS por cuenta de las UPC –recuérdese que la demanda versa solamente sobre esta fuente de recursos- se destinen a la adquisición de activos fijos; el inciso segundo debe entenderse se refiere a los recursos que reciben las EPS provenientes de las UPC, una vez descontado el porcentaje de gastos de administración al que alude el inciso primero.

2.8.3.3. Entendidos de esta forma los incisos primero y segundo del artículo 23, corresponde ahora a la Corte examinar si la prohibición de que las EPS usen los recursos provenientes de las UPC, una vez descontados los gastos de administración, en la adquisición de activos fijos, se opone o no al inciso tercero del artículo 48 de la Constitución. La Sala encuentra que ello no es así en los términos expuestos por el demandante, por las razones que a continuación se explican:

Si bien es cierto el inciso demandado limita el uso de los recursos originados en las UPC –excluidos los gastos de administración-, para la compra de activos fijos y, en consecuencia, es cierto que impide su inversión en infraestructura para ampliar la cobertura del SGSSS en términos de instalaciones y tecnología disponible, para la Sala tal limitación se ajusta a la Carta desde el punto de vista de la satisfacción de otros contenidos del derecho a la seguridad social en salud. En otras palabras, si bien es cierto la medida conlleva restricciones que pueden obstaculizar la ampliación de la cobertura del SGSSS en términos de infraestructura médica y tecnología disponible, tal restricción es proporcionada a la luz de los demás componentes del derecho a la salud.

La Sala advierte que aunque el demandante no alega la desproporcionalidad de la medida, en tanto argumenta que del precepto demandado se desprende una limitación injustificada del derecho a la seguridad social en salud, el juicio de proporcionalidad resulta una herramienta útil para resolver la controversia y es a la luz de dicho mecanismo metodológico que llevará a cabo el examen de constitucionalidad que a continuación se presenta:

En primer lugar, la medida cuestionada persigue una finalidad no solamente legítima sino importante a la luz de la Constitución, esta es asegurar un flujo de recursos suficiente para garantizar las prestaciones de salud a cargo del SGSSS, y específicamente de las EPS.

La provisión de esos servicios es una obligación que se desprende del

derecho a la seguridad social en salud, como ha indicado la jurisprudencia constitucional de forma insistente[144]. Ciertamente, si bien las obligaciones que emanan del derecho a la seguridad social en salud no se agota con la provisión de servicios médicos -de promoción, prevención y curación-, también lo es que esta obligación es una de las más importantes y que mayor flujo de recursos demanda, de ahí que se encuentre justificada la adopción de medidas dirigidas a velar porque haya un flujo adecuado de recursos hacia quienes prestan tales servicios.

La Sala advierte que, además, en ejercicio de su libertad de configuración, el Legislador puede optar por darle prioridad a la provisión de los servicios médicos del POS y destinar menores recursos para una eventual expansión de la infraestructura médica.

En segundo lugar, la medida se vale de un medio idóneo para lograr el anterior objetivo. En criterio de la Sala, una restricción de los usos posibles de los dineros ciertamente puede asegurar un flujo adecuado de recursos para la prestación de servicios médicos, y además puede contribuir a reducir la desviación de los mismos a finalidades no acordes con los objetivos del SGSSS.

En tercer lugar, la medida es proporcionada en estricto sentido, ya que, de un lado, amplía la satisfacción del derecho a la salud en la dimensión de prestación de servicios médicos curativos y de prevención y promoción en salud -no debe olvidarse que estas actividades también están cobijadas por el POS-, y de otro, no sacrifica del todo la satisfacción de la dimensión de ampliación de la cobertura en términos de infraestructura, puesto que, como se indicó en la consideración anterior, de todas formas parte de los “gastos administrativos” a los que alude el inciso primero del artículo 23 pueden destinarse a la adquisición de activos fijos para infraestructura médica.

2.8.3.4. Por las razones expuestas, la Sala desestima los cargos del demandante y declarará exequibles los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438, en los términos expuestos en esta providencia.

3. 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 EXEQUIBLES los incisos primero y segundo del artículo 23 de la ley 1438 de 2011, en los términos y por las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrada

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cfr. fol. 4.

[2] Cfr. fol. 4.

[3] Cfr. fols. 4 y 5.

[4] El siguiente resumen se basa en la demanda original y el escrito de corrección presentado el 24 de mayo de 2012.

[5] Cfr. fol. 43.

[6] Cfr. fol. 43.

[7] Cfr. fol. 44.

[8] El demandante cita un estudio de la Organización Mundial de la Salud, según el cual -indica-, “el Sistema de Salud Colombiano tiene una densidad de 10 camas por cada 10.000 habitantes mientras que países de la región tienen una cobertura hospitalaria mucho mayor. Así, Perú cuenta con 15 camas, Argentina con 41 camas; Brasil con 24; Bolivia con 11; Cuba con 60; Costa Rica con 13; México 17; Panamá 22; Venezuela 13, y Ecuador 6”. Cfr. fol. 6. También se refiere al informe de la Organización Panamericana de la Salud “PERFIL DE LOS SISTEMAS DE SALUD – COLOMBIA – MONITOREO Y ANÁLISIS DE LOS

PROCESOS DE CAMBIO Y REFORMA – Septiembre 2009”, el cual –afirma- indica que “(...) la red hospitalaria pública ha decrecido en términos reales en el periodo 2002 a 2009, lo que contrasta con el incremento en el número de servicios que demandan los ciudadanos”. Cfr. fol. 7.

[9] El demandante referencia el documento “INFORME DE GESTIÓN 2002 – 2010” del Ministerio de la Protección Social, en el cual asegura que el Gobierno expuso la necesidad de aumentar el número total de prestadores de servicios de salud como una de las metas del sistema. Ver fol. 6.

[10] Cfr. fols. 45 y 46.

[11] Cfr. fol. 5.

[12] Cfr. fol. 46.

[13] Cfr. fol. 47.

[14] Cfr. fol. 48.

[15] Cfr. fol. 220.

[16] Cfr. fol. 221.

[17] Cfr. fol. 224.

[18] Cfr. fol. 231.

[19] Cfr. fol. 231.

[20] Cfr. fol. 232.

[21] Cfr. fol. 232.

[22] Cfr. fol. 296.

[23] Cfr. fol. 296.

[24] Cfr. fol. 301.

[25] Cfr. fol. 79.

[27] Cfr. fol. 237.

[28] Cfr. fol. 237.

[29] Cfr. fol. 238.

[30] Cfr. fol. 240.

[31] Cfr. fol. 241.

[32] Cfr. fol. 244.

[33] Cfr. fol. 246.

[34] Cfr. fol. 252.

[35] La entidad anexa un cuadro en el que explica, en su concepto, cuáles son las responsabilidades de las EPS en el sistema.

[36] Cfr. fols. 266 y 267.

[37] Cfr. fol. 269.

[38] Cfr. fol. 270.

[39] Cfr. fol. 270.

[40] Cfr. fol. 270.

[41] Cfr. fol. 271.

[42] Cfr. fol. 272.

[43] Cfr. fol. 280.

[44] Cfr. fol. 290.

[45] Cfr. fol. 291.

[46] Cfr. fol. 326.

[47] Cfr. fol. 327.

[48] Cfr. fol. 328.

[49] Cfr. fol. 250.

[51] “Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.”

[52] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[53] Cfr. fols. 4 y 5.

[54] Este inciso dispone: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”.

[55] Cfr. fol. 296.

[56] Ver particularmente la sentencia C-185 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Estos elementos han sido reiterados en las sentencias C-192 del 15 de marzo de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-864 del 3 de septiembre de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-289 del 2 de abril de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; y C-449 del 8 de julio de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[57] Por ejemplo, en la sentencia C-155 del 24 de febrero de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte declaró que el artículo 299 (parcial) del Decreto Ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sobre los bienes excluidos de la masa de liquidación de las empresas del sector financiero, contenía una omisión legislativa relativa, pues no extendía su protección en materia de tratamiento contable a algunos de los recursos parafiscales de la seguridad social respecto de los cuales es clara la obligación del Legislador -establecida en el artículo 48 superior- de asegurar su destinación específica sin ninguna distinción. En consecuencia, la Corte declaró exequible la disposición en el entendido que la expresión “así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social” alude a todos los recursos parafiscales de la seguridad social, a condición de que figuren como tales en la contabilidad de la correspondiente institución de seguridad social. En este caso, para la Corte el Legislador había omitido un ingrediente indispensable de la regulación, según el artículo 48 de la Carta. Posteriormente, en la sentencia C-394 del 23 de mayo de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte nuevamente halló la existencia de una omisión legislativa relativa en los artículos 2º y 15, parágrafo 3º, de la Ley 986 de 2005 “por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones”. A juicio de la Corte, el legislador había excluido de menare injustificada de los instrumentos de protección consagrados en dicha ley, las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada, sus familias y las personas que dependen económicamente de ellas. Estas personas debían ser cobijadas por los efectos de las disposiciones en virtud del artículo 13 superior.

[58] Cfr. fol. 43.

[59] Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, consideración No. 2.

[60] Cfr. sentencia T-186 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[61] Ver el preámbulo de la ley 100.

[62] Cfr. artículo 152 de la ley 100.

[63] Cfr. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración 4.1.3.

[64] Ver las sentencias C-516 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-1041 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

[65] Ver las sentencias C-616 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-260 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-675 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-917 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[66] Ver las sentencias C-615 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-331 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-955 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1158 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras. De esta última se destaca el siguiente aparte: “Eso muestra que ha sido unánime la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de concluir que la Constitución confirió al legislador un importante margen de libertad -no de arbitrariedad- para configurar el sistema de seguridad social en salud y, en particular, para regular el modelo de participación de los particulares y el Estado en la prestación del servicio público de salud, lo que significa que la ley puede modular el grado de concurrencia de los particulares en la prestación del mismo, pero dentro de los principios y valores previstos en la Constitución para el efecto.”

[67] Ver las sentencias C-134 de 2004 M.P. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-1041 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-289 de 2008 y C-260 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-675 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-1158 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

[68] Otros recursos que percibe el sistema son: sanciones por inasistencia a citas, y reembolsos por servicios derivados de accidentes de tránsito (se recobra al SOAT) y atención de enfermedades de origen profesional o accidentes laborales.

[69] No se incluyen en esta exposición las regulaciones de la ley 1438, ello se hará más adelante.

[70] Además, el artículo 11 del decreto 1485 de 1994 dispone que las EPS no pueden disponer de los recursos de las cotizaciones y solamente pueden realizar operaciones financieras con los saldos que resulten a su favor una vez realizada la compensación con el Fosyga de las UPC.

[71] Inicialmente, el artículo 182 de la ley 100 señalaba que el cálculo de la UPC era una función del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), con fundamento en los estudios que realizara el Ministerio de Salud. Posteriormente, el artículo 3 de la ley 1122 de 2007 creó la Comisión de Regulación en Salud (CRES), a quien se asignó las funciones del CNSSS. Recientemente, el decreto 2560 de 2012 liquidó al CRES y trasladó sus funciones al Ministerio de Salud.

[72] El artículo 205 de la ley 100 también indica: “Las Entidades Promotoras de Salud recaudarán las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto descontarán el valor de las Unidades de Pago por Capitación – UPC – fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las Unidades de Pago por Capitación mayor que los ingresos por cotización, el Fondo de Solidaridad y Garantía deberá cancelar la diferencia el mismo día a las Entidades Promotoras de Salud que así lo reporten. Ver también el 220 de la ley 100 y el artículo 2 del decreto 1485 de 1994.

[73] El artículo 204 de la ley 100 señala que el 1,5% de las cotizaciones deben ser trasladados a la subcuenta de solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Estos recursos deben ser girados por las EPS a la subcuenta de solidaridad, de acuerdo con el artículo 221 de la ley 100.

[74] Ver artículo 214 de la ley 100.

[75] En el mismo sentido, el artículo 178 de la ley 100 sobre las funciones de la EPS, indica que éstas deben “[o]rganizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional.”

[76] El artículo 2 del decreto 1485 de 1994 indica explícitamente que las UPC deben ser invertidas por las EPS en la organización y garantía de la prestación de servicios de salud del POS a sus afiliados. El precepto dispone que una de las responsabilidades de las EPS es: “d. Organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitación correspondientes. Con este propósito

gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con Instituciones Prestadoras y con Profesionales de la Salud; implementarán sistemas de control de costos; informarán y educarán a los usuarios para el uso racional del sistema; establecerán procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud.” (negrilla fuera del texto)

[77] Los requisitos de solvencia y liquidez fueron establecidos inicialmente en el decreto 1485 de 1994. Éste señalaba entre otras reglas, que las EPS debían mantener como margen de solvencia un patrimonio mínimo un equivalente al monto que resultara de multiplicar el número de beneficiarios que tuviera cada mes por el valor del promedio ponderado mensual de la UPC. Luego el decreto 882 de 1998 definió los conceptos de margen de solvencia y liquidez; el primero hace referencia a la liquidez que debe tener una EPS para responder en forma adecuada y oportuna por sus obligaciones con terceros, sean estos proveedores de bienes, IPS o usuarios, mientras el segundo tiene relación con la capacidad de pago de las EPS para cancelar, en un término no superior a 30 días calendario, a partir de la fecha establecida para el pago, las cuentas de los proveedores de bienes IPS o usuarios. También se prevén reglas en la materia en los decretos 574 y 1698 de 2007, y 4789 de 2009.

[79] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[80] En la sentencia C-1041 de 2007 se declaró exequible el primer inciso del artículo 15 de la ley 1122 en el entendido que “(...) las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia”; y el inciso tercero en el entendido que “(...) dicho plazo comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud, ésta le notifique a la EPS respectiva, que debe ajustar su integración vertical al 30%”.

[81] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[82] La Corporación explicó: “(...) lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los

presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal” (negrilla fuera del texto).

[83] En el fallo se aclara: “Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema.”

[84] La Corte indicó: “Quiere decir lo anterior que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar. Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale aunque no esté en el listado” (énfasis original).

[85] En el fallo se explica: “Pero, como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. Además, tratándose del sida, el artículo 165 de la ley 100 de 1993 (transcrito anteriormente) la incluye dentro del plan de atención básico. Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional el de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de “promoción de la salud” (art. 222 de la ley 100 de 1993). Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido.”

[86] M.P. Alejandro Martínez Caballero. Los cargos que dieron lugar a esa providencia son en varios aspectos similares a los que suscitan la presente decisión, pues el demandante sostenía que “(...) la consagración legal de la existencia de las ARS como entidades administradoras de los recursos del sistema (su función de intermediarias entre el giro de

los recursos y el pago por la prestación de los servicios), genera un desequilibrio financiero del sistema. Lo anterior, por cuanto, según señala, dicha intermediación permite que una parte de los recursos del Sistema -específicamente la correspondiente al margen porcentual destinado para gastos de administración-, sean destinados para gastos diferentes a los de prestación de servicios de salud, lo que comporta un sobre costo innecesario y conlleva la disminución de la capacidad financiera del Sistema para efectos de ampliación de la cobertura.”

[87] “Ver sentencia SU-480 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 7.”

[88] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[89] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[90] La Corte expresó: “Como la norma superior que se comenta no establece excepciones, la prohibición de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella comprende tanto los recursos destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio, lo cual es razonable pues unos y otros integran un todo indivisible, tal como se despende del principio superior de eficiencia ya comentado.”

[91] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[92] M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

[93] La Corte precisó: “26- La Corte considera que los recursos propios de las EPS y ARS producto de sus ganancias, de los contratos de medicina prepagada, publicidad y demás actividades son ingresos que pueden ser gravados ya que específicamente esos dineros no son de la seguridad social. Esta tesis la ha sostenido la Corte en múltiples oportunidades, en la medida en que éstos, al no ser recursos del sistema sino propios de la actividad mercantil de estas entidades, no llevan implícita la destinación específica dirigida específicamente hacia la protección de la salud. En este sentido, nada limita al legislador para que decida gravar este tipo de recursos, que se insiste, no forman parte del sistema de seguridad social y por ende nada tienen que ver con los gastos propios de la actividad compleja que suscita el engranaje de la seguridad social. Son los recursos después del

ejercicio los que claramente están en cabeza de la EPS o de la ARP, y sobre ellos es libre el legislador para imponer los gravámenes que considere necesarios, respetando evidentemente los principios tributarios y los criterios de proporcionalidad.”

[94] Ver también las sentencias C-542 de 2008 M.P. Hernando Herrera Vergara, en la que se resaltó la naturaleza parafiscal de los recursos que recaudan las EPS por concepto de copago y su destinación a la financiación de los servicios de salud; y C-655 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil sobre el pago por las EPS de una tasa de control fiscal.

[95] Ver las sentencias SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[96] De hecho la anterior CRES venía tomando en cuenta un margen de utilidad para las EPS al calcular la UPC. En ese sentido, en el estudio técnico elaborado por la Universidad Nacional que sirvió a la CRES para fijar el valor de la UPC de 2011, se indica que debe tenerse en cuenta para calcular la UPC, además de los costos promedio de garantía del POS y los gastos de administración, la utilidad de la EPS; con base en esos criterios efectivamente la CRES calculó la UPC de ese año. El informe indica al respecto: “En consecuencia, aunque existe una relación entre la UPC y el costo del plan de beneficios no se trata de una equivalencia, y la utilidad del negocio del asegurador depende de la sumatoria de todos los factores señalados. Así, es función del regulador, explícita o implícita, aprobar anualmente una UPC que tenga cuenta de la posibilidad de utilidad por parte de los aseguradores contemplados todos los ingresos y gastos derivados de la operación del aseguramiento, al menos mientras no se defina, como en el régimen subsidiado, un margen fijo de administración y utilidad sobre el costo de la prima bruta.” Cfr. Universidad Nacional de Colombia, facultades de Ciencias Económicas y Medicina. “Informe de cálculo de la Unidad de Pago por Capitación”. Luego agrega: “Con esta perspectiva la UPC debe ser entendida como la sumatoria entre la prima pura obtenida a través del cálculo de la frecuencia por los costos en la utilización de servicios y el valor resultante de considerar otros componentes como otros ingresos y gastos operacionales, los gastos operacionales y los gastos correspondientes a administración, ventas y utilidades.” Bogotá, marzo de 2011. Disponible en http://www.cres.gov.co/Portals/0/acuerdos2010/UPC%202011%20marzo%2015_U%20Nala19.pdf P.p 24 y 29. Ver acuerdo 030 de 2011 de la CRES.

[97] Ver sentencia C-731 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[98] Ver sentencias C-1489 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, y C-824 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

[99] Ver la sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En este fallo la Corte aclaró que el principio de progresividad y no regresión se predica de todas las facetas prestacionales de todos los derechos fundamentales, no solamente los DESC. La Corporación explicó: “La introducción del principio en el contexto de los derechos económicos sociales y culturales se debió a la creencia ya superada por la comunidad internacional de que a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales implican grandes contenidos prestacionales que no pueden exigirse de manera inmediata a los estados parte sino de forma gradual. Sin embargo, como se analizó anteriormente, hoy es ampliamente aceptado que los derechos civiles y políticos también contienen dimensiones prestacionales, así como que los derechos económicos, sociales y culturales también cobijan facetas negativas o de abstención. En este orden de ideas, no hay razón para no extender el principio de progresividad y no regresión también a las facetas prestacionales de los derechos civiles y políticos”.

[100] Ver, entre otras, las sentencias C-671 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, C-556 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, y C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En la sentencia C-507 de 2008, la Corte expuso algunas hipótesis en las que se vulnera este principio: “(...) la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que está en proceso de acceder al derecho. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población.” Además, el principio 14 b) de los Principios de Maastricht señala, por ejemplo, que se produce una violación del principio de progresividad con actuaciones tales como “la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza”.

[101] M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

[102] Vale la pena resaltar lo que indica la observación sobre la cobertura como componente de la accesibilidad: “23. Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos.”

[103] Ver por ejemplo la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[104] La Observación señala: “Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”.

[105] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[106] La Corte indicó: “13- Como ya se vio, la Carta expresamente no opta ni por un sistema de salud público, ni por uno privado, pues establece que la seguridad social y los servicios de salud son prestados por entidades públicas y privadas, de conformidad con la ley (CP arts 48, 49 y 365). Igualmente, en materia de salud, y con el fin de ampliar la cobertura y calidad, la ley puede optar por distintas formas de subsidio a la población de bajos recursos. Así, en determinados casos, el Congreso puede privilegiar los subsidios a la oferta de salud, a través de la financiación directa a los hospitales y a las entidades que prestan los servicios médicos; pero también puede la ley recurrir a mecanismos de subsidio a la demanda, por ejemplo, por medio de sistemas de seguro de la población usuaria, como los previstos por la Ley 100 de 1993.”

[107] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[108] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[109] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[110] Ver también la sentencia C-655 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[111] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[112] La Corte sostuvo: “En cuanto a la supuesta vulneración del principio de universalidad, establecido en el artículo 48 constitucional respecto del servicio público de seguridad social y en el artículo 49 superior en relación al servicio de atención en salud, tal acusación es formulada por el demandante desde una perspectiva errónea como se expondrá a continuación. Sostiene el actor que la limitación de la integración vertical impide la expansión en el mercado de las EPS “eficientes” en términos económicos, con el propósito de captar un mayor número de afiliados. Confunde entonces el demandante un principio que se predica del sistema considerado en su conjunto –la universalidad– con el interés particular de ciertos participantes del sistema –las entidades promotoras– de aumentar su participación en el mercado. || Al respecto basta anotar que el principio de universalidad orienta la acción del legislador y de los diferentes participantes del sistema de integral de seguridad social para avanzar, dentro de un mandato de progresividad, hacia la efectividad del derecho a la atención en salud de todas las personas mediante la ampliación de la cobertura del servicio público. En esa medida, las normas de seguridad social exigen ser interpretadas y aplicadas con un sentido incluyente y progresivo (tendiente a la universalidad), que permita hacer efectiva “la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de su vida”[112]. Por lo tanto el principio de universalidad hace referencia a la ampliación paulatina de la cobertura del servicio público a la cual va aparejada una progresiva satisfacción del derecho a la salud, debe ser apreciado entonces respecto del funcionamiento del sistema en su conjunto y no respecto a una entidad promotora en particular” (énfasis original).

[113] Con base en esa interpretación, por medio de la resolución 296 de 2010, ordenó a una EPS (i) restituir a la liquidez de la entidad recursos utilizados en la adquisición de activos fijos, (ii) atender con sus propios recursos las amortizaciones, intereses y otros costos que implicara la restitución de financiación externa a la que había acudido para la financiación de la adquisición de algunos de dichos activos, y (iii) abstenerse de “consumir

la liquidez generada por cualquier operación contable con ingresos derivados de la UPC (...) y otros definidos como parafiscales provenientes de sus usuarios, para ser utilizados en infraestructura, inversiones, préstamos, donaciones, servicio de la deuda y en general en cualquier uso distinto a los costos y gastos producto de la prestación de servicios de salud a la población afiliada”, entre otras órdenes.

[114] Ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 10 de julio de 2012, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. La Corporación consideró que la interpretación de la Superintendencia, vertida en la resolución 296 de 2010, “(...) parte de normas legales y de la jurisprudencia generada en torno a los dineros de la salud, que hace énfasis en que ‘los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social en Salud, llámense aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global del Sistema General de Seguridad Social en Salud’.” Luego agregó: “Las explicaciones que da el Comité de Conciliación para refutar los argumentos de las Resoluciones 00296 y 00983 de 2010, relacionados con que los recursos de la UPC, copagos y cuotas moderadoras son parafiscales y únicamente se pueden emplear para cumplir la finalidad de seguridad social para los afiliados, no son aceptables porque: || (...) || (ii) Si bien es cierto, como lo dice el Comité de Conciliación, que no existe una prohibición de ley o gubernamental para que las EPS presten los servicios de salud a través de las inversiones en activos fijos que tengan como finalidad la atención de sus afiliados, el argumento se refiere a la inversión en activos fijos pero no hace alusión a los recursos con los cuales se hace la inversión que es el punto que desarrollan las resoluciones materia de conciliación. || (iii) El hecho de que las Circulares 26 de 2006 y N° 49 de 2008 de la Superintendencia Nacional de Salud, donde se califica como práctica insegura e ilegal, la inversión en activos fijos con recursos de la UPC, y que las mismas se refieran a inversiones de manera amplia y genérica, no es razón suficiente para decidir, como lo hace el Comité de Conciliación, que lo procedente era inaplicarlas y, con base en ello, aprobar una conciliación.”

[115] En intervención del 19 de mayo de 2011, la Contraloría aseguró: “Ni del régimen de

SSS ni del régimen legal contable, es posible deducir que con cargo a los recursos parafiscales, se puedan o deban contabilizar reservas que aumenten el patrimonio, pues ello no encaja en los conceptos de costos por la prestación del servicio de salud ni en el componente administrativo.” Sugirió además que la amortización de créditos mercantiles no pueden tomarse como gastos administrativos.

[116] En el documento se afirma: “(...) los rendimientos financieros de las inversiones del FOSYGA así como los excedentes entre sus ingresos y egresos acrecientan el fondo que solo puede destinarse a la finalidad prevista. No podría entenderse que tal disposición pudiese ser aplicada a las entidades privadas que participan en el sistema, tales como las EPS, las ARP y las Administradoras de Fondos de Pensiones, pues ello supondría concluir que administran recursos que en ningún momento perderán su naturaleza pública, que no podrán tener utilidades, lo cual se opondría a la participación de entidades particulares con o sin ánimo de lucro y que tampoco podría decirse que son entidades aseguradoras ya que jamás devengarían la prima de seguro por la asunción del riesgo. || Sin embargo, debe precisarse que los recursos que manejan las EPS en las cuentas de Recaudo son parafiscales y pertenecen al sistema, por lo cual los rendimientos de dichos dineros pertenecen al mismo, sin perjuicio de que con cargo a éstos y por expresa disposición reglamentaria se reconozca una porción a las EPS para remunerar la gestión de recaudo”.

[117] En el documento se afirma: “Sobre este particular se destaca que la restricción únicamente versa sobre los recursos de la UPC y por analogía no podría extenderse a los demás recursos que ingresan a la EPS, así sean de naturaleza parafiscal, como es el caso de los copagos y cuotas moderadoras. En segundo lugar, la restricción impuesta por la Superintendencia se aplica hasta tanto se cumple con la finalidad que dispone la Constitución y la Ley. En consecuencia, una vez prestados los servicios del POS y demás servicios a su cargo, y cumplidas sus obligaciones en esta materia y en el pago de los respectivos gastos de administración, el remanente mensual de liquidez y los excedentes contables no estarán sometidos a la citada restricción.

Es decir, que después de prestado integralmente el POS, cubiertos los gastos de administración según las normas contables y cumplida la finalidad específica para la cual están destinados los recursos del sistema de seguridad social en salud, las EPS pueden realizar inversiones en infraestructura y modernización tecnológica al servicio de los

usuarios, con excedentes mensuales de liquidez o ganancias legítimas derivadas de los recursos parafiscales que reciben por UPC. || Por último, si para la organización y garantía de acceso a los servicios del POS la EPS requiere realizar inversiones en activos, tales como infraestructura de prestación de servicios de salud, software, hardware, oficinas de atención al usuario, las mismas podrán realizarse con los remanentes de la UPC una vez cumplida su finalidad en la norma en que se señala en el punto siguiente o con recursos distintos a la UPC, tales como copagos y cuotas moderadoras, por no predicarse respecto de estos la restricción impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud y porque específicamente y tal como quedó señalado la Corte Constitucional entiende dentro de las finalidades propias de los recursos parafiscales de la salud las inversiones que requieran para la organización del servicio”.

[118] El artículo 10 indica: “(...) las entidades que tengan el margen de solvencia, entre un rango de cuatro mil y ocho mil salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de corte, podrán, a través de contratos de fiducia mercantil, siempre y cuando el régimen legal lo permita, destinar hasta un 40% del valor del margen para realizar inversiones directas en infraestructura destinada a la prestación de servicios de salud. Cuando el valor del margen sea superior a ocho mil salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de liquidación, podrán, conforme el mecanismo antes descrito, invertir conforme el mecanismo previsto para infraestructura, hasta un 65% de las sumas que excedan el monto mencionado”

[119] Por ejemplo, en la exposición de motivos del proyecto 01 de 2010 Senado, los senadores ponentes plantearon como uno de los problemas más importantes del sistema de salud, el déficit de regulación, una de cuyas consecuencias más importantes es: “[l]a prevalencia de incentivos inadecuados que han generado conductas rentísticas de los actores que afectan el flujo de fondos, que amenazan la sostenibilidad financiera del sistema y el logro de los resultados en salud”. Cfr. Gaceta del Congreso No. 435 del 22 de julio de 2010.

[120] Los ponentes proponían la siguiente disposición: “Artículo 43. Niveles mínimos de gasto y ejecución en prestación de servicios y gastos actuariales. El Gobierno Nacional reglamentará un nivel mínimo de gasto prestacional y de servicios, aplicable a las entidades del Sistema de Seguridad Social como EPS, IPS, ESE, ARP, fondos de pensiones y

aseguradores de accidentes de tránsito y eventos catastróficos, con criterios de equidad y eficiencia, y de acuerdo con estudios técnicos y de indicadores de resultados, en concordancia con lo establecido en el artículo 2° de la Ley 1122 de 2007. || Parágrafo. Cuando estas organizaciones obtengan márgenes de administración mayores a los establecidos, luego de cumplir con su responsabilidad de aseguramiento, podrán constituir con estos recursos reservas destinadas a la atención del riesgo, derivado del crecimiento potencial de la siniestralidad, a través del tiempo o contingencias derivadas del cumplimiento de sus funciones; así mismo podrán invertir estos recursos en actividades de modernización tecnológica y desarrollo, mantenimiento y adecuación de infraestructura administrativa de aseguramiento” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 435 del 22 de julio de 2010.

[121] En este proyecto, presentado por el senador Eduardo Carlos Merlano Morales, se planteó la siguiente disposición: “d) En todo caso a partir de la vigencia de la presente ley, ninguna aseguradora, en forma directa o a través de terceros, podrá construir, adquirir total o parcialmente, comprar acciones total o parcialmente o entrar a ejercer algún tipo de dominio sobre alguna institución prestadora de servicios de salud en cualquier nivel de complejidad. El incumplimiento de esta norma será causal de revocatoria de la licencia de funcionamiento de la entidad aseguradora.” Cfr. Gaceta del Congreso No. 522 del 18 de agosto de 2010.

[122] Los representantes Holger Horacio Díaz Hernández, Diela Liliana Benavides Solarte, Martha Cecilia Ramírez Orrego, Libardo E. García Guerrero, Luis Fernando Ochoa Zuluaga, Elías Raad Hernández, Rafael Romero Piñeros, Armando A. Zabaraín D’Arce y Didier Burgos Ramírez propusieron en particular los siguientes artículos: “Artículo 25. Administración de las prestaciones económicas en el Régimen Contributivo de Salud. El manejo de las prestaciones económicas dentro del régimen contributivo estará a cargo de la Entidad Promotora de Salud a la que se encuentre afiliado el titular al momento de su causación. La Entidad Promotora de Salud apropiará del valor de la unidad de pago por capitación el monto requerido para constituir el fondo contra el cual reconocerá dichos beneficios, conforme los criterios de destinación que fije la Comisión de Regulación en Salud. || El Gobierno Nacional reglamentará el esquema de administración y control sobre los recursos destinados al cubrimiento de las prestaciones económicas” (negrilla fuera del texto). “Artículo 30. Operación del aseguramiento. (...) Parágrafo 1°. Las Entidades Promotoras de

Salud serán responsables del cubrimiento pleno de los servicios asistenciales del Plan Obligatorio de Beneficios y de los económicos para sus afiliados y beneficiarios, según corresponda, aplicando a ello los recursos de las unidades de pago por capitación que les sean reconocidas y los valores de aseguramiento complementarios, así como las demás fuentes que financian el sistema, conforme al principio de intangibilidad de los recursos de la seguridad social. || Apropiado mensualmente el valor de las unidades de pago por capitación para el fin del servicio público a su cargo y cubiertas las obligaciones para con el sistema, las Entidades Promotoras de Salud apropiarán las sumas restantes conforme al régimen jurídico que corresponda a su naturaleza” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 818 del 26 de octubre de 2010.

[123] Adicionalmente, en el proyecto de ley 147 de 2010 Senado, el Senador Antonio José Correa Jiménez se refirió a la crisis financiera de las ESE causada, en su criterio, por la competencia a la que se vieron avocadas con IPS privadas; también aludió a las consecuencias de dicha crisis sobre la prestación de servicios de salud a los más pobres. El Senador sostuvo en la exposición de motivos: “Esta crisis se manifiesta en unos graves problemas de iliquidez de las Empresas Sociales del Estado, viéndose afectada la población que atienden, por cuanto; estas empresas atendían directamente la población pobre y vulnerable, financiándose mediante los denominados subsidios a la oferta, que permitieron su sostenibilidad pero desde el momento que se implementó el sistema de seguridad social en salud, el subsidio a la oferta, se sustituye progresivamente por el subsidio a la demanda, exigiendo a los hospitales públicos a ser auto sostenibles y financiarse con la venta de servicios, situación que generó un choque al interior de ellos, esta situación se vio agravada, por el hecho que los servicios que tenía que vender como hospital, en ese momento también lo podía vender la propia red de servicios de las diferentes EPS, hecho que ha traído como consecuencia que en la actualidad las Empresas Sociales del Estado se encuentren en una gran crisis financiera” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 682 del 23 de septiembre de 2010.

[124] En la ponencia mayoritaria para primer debate conjunto de las comisiones séptimas constitucionales, se propuso: “Artículo 21. Portabilidad nacional. (...) El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones para asegurar que las Entidades Promotoras de Salud tengan un número mínimo de afiliados que garantice las escalas necesarias para la gestión del riesgo y cuenten con los márgenes de solvencia y la capacidad financiera necesaria para

operar de manera adecuada. || En todo caso las Entidades Promotoras de Salud deberán hacer públicos los porcentajes de la UPC dedicados a administración y prestación de servicios. (...)” (énfasis fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 913 del 17 de noviembre de 2010.

[125] El Senador Mauricio Ernesto Ospina Gómez y la Representante Alba Luz Pinilla Pedraza, en su informe de ponencia sustitutivo en sentido negativo, señalaron como uno de los problemas estructurales del SGSSS, la “preponderancia” que tienen las aseguradoras, una de cuyas causas, aseguraron, es su “(...) gran capacidad de negociación y que dada la ausencia de mecanismos regulatorios, estas capturan rentas a costa del sistema de salud llevándolo a que sea insostenible”. Indicaron que esta situación ha permitido a las EPS construir “(...) su propia red de prestadores de servicios de salud, con entera libertad en el régimen contributivo y con algunas restricciones en el subsidiado”, integrarse verticalmente con los prestadores para “(...) ampliar mercados y maximizar la rentabilidad”, conformar “(...) grupos empresariales para el manejo de los mercados farmacéuticos, tecnología médica, insumos, proveedores de servicios y el mercado de aseguramiento”, y capturar “(...) rentas inmerecidas en temas como los recobros al FOSYGA, los rendimientos financieros por demora en el pago a proveedores de servicios de salud y las diferencias en las bases de datos entre afiliados reconocidos y pagados con la UPC del subsidiado y los efectivamente carnetizados”. Cfr. Gaceta del Congreso No. 914 del 17 de noviembre de 2010.

[126] En primer debate, el Senador Antonio José Correa Jiménez manifestó: “(...) Hemos expresado de que están administrando el riesgo y lo están haciendo muy mal y lo están haciendo muy mal y hemos expresado más de un Congresista, que cuidado y nada más, se deben quedar con el recurso de administración del régimen y el resto debe ir al prestador como es el objetivo de que los recursos de la salud, vayan en beneficio de una prestación de un derecho constitucional que tenemos todos los colombianos” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 934 del 22 de noviembre de 2010. En sentido similar, la Representante Martha Cecilia Ramírez Orrego aseguró: “(...) el Ministerio así mismo va a definir la metodología para reportar ingresos, gastos y costos, vino un tema importante de polémica, si pretendemos mejorar eficiencia y flujo de recursos, nos va a tocar a todos los eslabones de la cadena, apretarlos en cuanto a gastos de administración y presupuestos destinados o recursos destinados netamente a prestación de servicios de salud; vamos en

esa vía, no tenemos los elementos informativos hoy para poner los porcentajes, pero vamos a ir en esa vía, de poner en un mediano y esa responsabilidad le va a quedar al Ministerio, en un corto plazo a las EPS y a todas las IPS, cuánto de los recursos del sistema van a gastar en administración y los demás, para garantizar el derecho fundamental a la salud; o sea, lo demás para el usuario, porque es necesario controlar esto” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 935 del 22 de noviembre de 2010. Siguiendo esta línea argumentativa, en el informe para segundo debate en el Senado, se propuso el siguiente texto: “Artículo 24. Gastos de administración de las Entidades Promotoras de Salud. Dado que los recursos son parafiscales, el Ministerio de la Protección Social fijará el factor máximo de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos que midan el gasto en salud. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de inhabilitación. Dicho factor no podrá superar el 10% del valor de la Unidad de Pago por Capitación. || Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para financiar activos fijos en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. (...)”. Cfr. Gaceta del Congreso No. 1003 del 1° de diciembre de 2010. Respecto a esta propuesta, el Senado Fernando Eustacio Tamayo Tamayo manifestó la siguiente preocupación: “Sigue habiendo una discusión con relación a lo establecido en el artículo 24 del proyecto de ley sobre los gastos de administración. Hoy en la Junta de Parlamentarios del Partido Conservador analizamos el tema, escuchamos algunos directores de hospitales públicos, compartimos la opinión de los voceros de la Cámara y del Senado y acordamos por bancada, que nos parece más prudente, más recomendable que sea el Gobierno Nacional quien entre a regular y a determinar ese tope deseable, para controlar los gastos administrativos, pero que se haga una vez se tengan los estudios y se tengan los soportes reales sobre la capacidad que puedan tener las EPS para disminuir esos gastos de funcionamiento. || Tomar hoy una medida de fijar un tope, como se estableció en un principio, sería poner en riesgo la puesta en marcha de lo que determine esta ley, porque sabemos que no solamente van a tener que sortear las EPS, los gastos administrativos del sistema como está operando hoy, sino que la puesta en marcha de lo que acá se apruebe, también va a generar algunos gastos y seguramente como le hemos recomendado al Gobierno, la idea es que fijemos una escala, en la que en el primer año se determine un tope y a medida que se avance en la aplicación del sistema, se llegue a un tope máximo, que esté por debajo inclusive de ese 10%, hoy sugerido por algunos y que aparece en el

proyecto de ley” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 del 3 de marzo de 2011. Por otra parte, en la plenaria de la Cámara, la representante el Representante Obed Zuluaga Díaz propuso reducir el tope del 10% para gastos de administración. Al respecto, expresó: “Sobre ese artículo, que los gastos de administración, yo que trabajaba en diferentes entidades y he sido representante legal, con las cesantías, doctor Clavijo, el tema de cesantías y pensiones es realmente bochornoso, esos porcentajes de comisión en cesantías y pensiones, es bochornoso todas estas entidades con unas muchachitas bonitas, proponiéndole a los titulares o a los trabajadores que se cambien de un fondo a otro, de un fondo a otro, claro y todas esas muchachitas y todos esos gastos van al funcionamiento; ¿qué les quiero decir?, que este techo del 10%, a mí me parece muy alto. || Tengo conocimiento que hay países que los tienen en el 5 y en el 6%, propongo bajar ese techo, ese techo de gastos de administración, ese 10% o ese 8%, lo calcula el total de la salud, es mucho dinero.|| Propondría no del 5, pero damos como techo máximo y ya que el ministerio reglamente bajarlo del 10 al 8% que es mucho dinero, propongo aquí a la plenaria.” Cfr. Gaceta del Congreso No. 211 del 28 de abril de 2011.

[127] En el debate, la Senadora Gilma Jiménez señaló lo siguiente sobre el texto propuesto por los ponentes para segundo debate en Senado: “Ese artículo generó mucho problema y va a ser ampliamente debatido pero es un artículo sobre el cual el Partido Verde quiere señalar que no hay ninguna posibilidad de levantar ese porcentaje aunque haya señalado el Ministerio, lo cual yo comparto y se lo señalaba a mis compañeros de Bancada, que ese 10% que se de terminó fue producto de una discusión, en una Comisión Especial que se instaló para eso, pero que debe ser objeto de una revisión técnica; en esto tenemos que ser muy responsables. || Para hablar con franqueza, las EPS no podrán seguir ni financiando con los recursos que pagamos los colombianos, no podrán seguir financiando equipos de fútbol, no podrán seguir comprando fincas, adquiriendo bienes inmuebles con recursos del aseguramiento, eso queda controlado y a eso se comprometió el Gobierno y de eso dio fe el Ministro” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 del 3 de marzo de 2011.

[128] En la plenaria del Senado, los ponentes, después de escuchar el debate, sugirieron la siguiente redacción “(...) los recursos para la atención en salud, no podrán usarse para financiar activos fijos, en actividades distintas a la prestación de servicios de salud” (negrilla fuera del texto). Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 del 3 de marzo de 2011. A su turno, el

Senador Eugenio Prieto manifestó: “(...) cuando se aprobó en las Comisiones Conjuntas Séptimas, el artículo debía decir que los recursos para la atención en salud no podrán usarse para financiar activos fijos o, actividades distintas a la prestación del servicio de salud, y el artículo vino con en lugar de u, de la o, un, en, los recursos para la atención en salud no podrán usarse para financiar activos fijos en, actividades distintas a la prestación de servicios de salud, lo que quiere decir que ese en, incluye que sí pueden utilizar esos recursos para comprar activos para utilizarlos en la prestación de salud. || A mí sí me gustaría saber Presidente, quién fue el que cambió la o por el en, y cuál era el objetivo y con qué objetivo se cambió, a mí me parece que ahí hay un tema de más fondo y por eso hemos venido pues a solucionar el problema, yo acojo la propuesta que usted presenta, aquí hay otra propuesta del Senador Galvis que va en el mismo sentido, yo diría que junte esas proposiciones en una sustitutiva Presidente y que votemos.” Ibid. Más adelante el mismo Senador agregó: El Senador Prieto agregó: “Pero además dice la propia Superintendencia Nacional de Salud, esto no lo está diciendo Eugenio Prieto lo dice la Superintendencia Nacional de Salud; la Superintendencia Nacional de Salud considera que la inversión de recursos provenientes de la UPC, en infraestructura que sería como quedaría ahí aprobado, si lo aprobamos así se cataloga como una práctica insegura e ilegal la cual no puede llevarse a cabo y acá lo que estamos diciendo entonces es una cosa muy sencilla quítele el artículo EN y póngale la O, y solucionamos el problema.” Ibid.

[129] El Senador Honorio Galvis Aguilar continuó el debate así: “(...) yo quiero hacer claridad en el inciso dos, (...) ahí me parece que la redacción correcta es esta que está en la proposición que suscribió el Senador Prieto, y es el mismo sentido de la que suscribimos cerca de 12 o 14 Senadores, me permito leerla (...), los recursos para la atención en salud no podrán usarse en actividades distintas a la prestación de servicios de salud, claro, ahí se excluye la adquisición de activos fijos, pero también se excluye la adquisición de activos corrientes, que es una manera como se disfrazan muchas adquisiciones de estas en los balances” (negrilla fuera del texto). Ibid. El Senador Fernando Tamayo Tamayo, por el contrario, indicó: “(...) yo quisiera señalar que lo que se hace, dicho acá que hubo cambios en la redacción por parte de los ponentes del articulado que se publicó no corresponde a la verdad, el artículo se aprobó tal como está en la Gaceta y quienes participamos allí somos conscientes de que así se hizo, y ¿por qué se hizo de esa manera?, porque se tuvo en cuenta, una consideración expuesta por varios colegas en el sentido de que si a las IPS se les permite utilizar recursos, pero para mejorar su funcionamiento todo orientado a prestar

un mejor servicio de salud, las EPS deben quedar en la misma condición, de poder llevar a cabo ese tipo de gastos, de tal manera que todo esté orientado a garantizar la óptima prestación del servicio de salud. || Entonces acá simplemente, se tuvo en cuenta que tanto las IPS como las EPS, puedan llevar a cabo el mismo tipo de gasto utilizando los recursos hasta ese 10%, y, se encontró por parte del Gobierno la necesidad de que no se definiera ese tope del 10% para aplicarlo de manera inmediata, toda vez que la puesta en marcha de lo que se contempla en esta ley, va a generar gasto adicional en las EPS y en todos los entes que participan en el sistema de salud, y entonces el Gobierno solicitó, que le permitieran hacer una evaluación cuidadosa, sobre todos los factores que van a incidir en adelante en la prestación del servicio, de tal manera que pudieran en dos años determinar ese tope sin ir a generar daño a las entidades que están prestando el servicio.

” (negrilla fuera del texto). Ibid

[130] El Senador Fernando Tamayo Tamayo indicó: “(...) yo quisiera señalar que lo que se hace, dicho acá que hubo cambios en la redacción por parte de los ponentes del articulado que se publicó no corresponde a la verdad, el artículo se aprobó tal como está en la Gaceta y quienes participamos allí somos conscientes de que así se hizo, y ¿por qué se hizo de esa manera?, porque se tuvo en cuenta, una consideración expuesta por varios colegas en el sentido de que si a las IPS se les permite utilizar recursos, pero para mejorar su funcionamiento todo orientado a prestar un mejor servicio de salud, las EPS deben quedar en la misma condición, de poder llevar a cabo ese tipo de gastos, de tal manera que todo esté orientado a garantizar la óptima prestación del servicio de salud. || Entonces acá simplemente, se tuvo en cuenta que tanto las IPS como las EPS, puedan llevar a cabo el mismo tipo de gasto utilizando los recursos hasta ese 10%, y, se encontró por parte del Gobierno la necesidad de que no se definiera ese tope del 10% para aplicarlo de manera inmediata, toda vez que la puesta en marcha de lo que se contempla en esta ley, va a generar gasto adicional en las EPS y en todos los entes que participan en el sistema de salud, y entonces el Gobierno solicitó, que le permitieran hacer una evaluación cuidadosa, sobre todos los factores que van a incidir en adelante en la prestación del servicio, de tal manera que pudieran en dos años determinar ese tope sin ir a generar daño a las entidades que están prestando el servicio” (negrilla fuera del texto). Ibid

[131] Cfr. Gaceta del Congreso No. 1077 del 13 de diciembre de 2010.

[132] Durante la plenaria, el Representante Germán Navas Talero anotó: “Lo importante es que quede claro aquí, para bien del Congreso y para bien de los usuarios, que es para la atención médica propiamente dicha, porque que- dé preocupado cuando muestran unas escenas donde hay una señora encargada de manejar las EPS que, según dice el noticiero, estaba presionando a parlamentarios para meter esta proposición que convertiría esto en un mico. Soy inquieto en estas cosas y quiero que el país tenga el mejor de los conceptos de este Congreso y de ustedes; cualquier duda sobre el Congreso recae sobre todos nosotros.” Cfr. Gaceta del Congreso No. 211 del 28 de abril de 2011.

[133] El Representante Rafael Romero Piñeros explicó: “La preocupación del Noticiero y del doctor Navas por supuesto derivada de una interpretación de lo redactado. Entonces para que no quede ninguna duda, va a quedar así: Los recursos para la atención no podrán usarse para financiar activos fijos ni, porque este es el conector que hacía falta, actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Con ese conector quedamos que queda absolutamente subsanada cualquier duda e interpretación que pudieran tenerse por este noticiero”. Ibid.

[134] Cfr. Gaceta del Congreso No. 1089 del 14 de diciembre de 2010.

[135] Cfr. Gaceta del Congreso No. 1077 del 13 de diciembre de 2010.

[136] Ver las sentencias C-871 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-463 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería, y C-415 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

[137] Cfr. sentencia C-415 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo.

[138] Ver las sentencias C-1140 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-714 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras.

[139] Ver artículo 64 del decreto 2649 de 1993 “Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”.

[140] Ver Gaceta del Congreso No. 75 del 3 de marzo de 2011.

[141] Por ello este debate se ligó al de la integración vertical de las EPS.

[142] Como se indicó en la consideración 2.5.1., las principales fuentes son: las cotizaciones que pagan los afiliados del régimen contributivo y sus empleadores, los pagos moderadores (copagos, cuotas moderadoras, tarifas, etc.), los recursos propios de las entidades territoriales destinados al efecto, los recursos del Presupuesto General de la Nación, recursos del Sistema General de Participaciones, los recursos obtenidos del monopolio de juegos de suerte y azar, entre otros.

[143] Ver la consideración 2.4 de este fallo.

[144] Ver por ejemplo la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.