

Sentencia C-289/08

SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES-Afiliación de las entidades públicas/ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES-Reglas de contratación por parte de entidades públicas

La norma está dirigida a todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal y prevé dos reglas para la contratación de ARP: (i) la facultad de estas entidades de contratar directamente con la ARP del Instituto de Seguros Sociales y (ii) en aquellos casos en los que no se haga uso de esta facultad, la obligación de invitar por lo menos una ARP pública al concurso público.

ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES-Contratación directa por las entidades públicas/ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES-Contratación a través de concurso por las entidades públicas/ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES-Obligación de invitar por lo menos a una ARP pública cuando la contratación se realice mediante concurso

La primera regla contenida en la norma, se refiere a la facultad que puede ser ejercida o no por las entidades públicas de contratar directamente con la ARP del ISS, y de en aquellos casos en los que la contratación se efectúe a través de concurso público, la disposición obliga a invitar a una ARP del sector público a participar del proceso del concurso público lo cual significa que esta no está obligada a participar sino simplemente que debe ser invitada.

DERECHO A LA IGUALDAD-Razones que justifican trato diferenciado en contratación de ARP del ISS frente a ARP privadas

Si bien la norma crea un trato diferenciado cuando se trata de la contratación de la ARP por parte de las entidades públicas. En primer lugar, un trato diferenciado de la ARP del ISS frente a las ARP privadas, ya que la primera puede ser contratada mediante contratación directa. En segundo lugar, un trato diferenciado de las ARP públicas en general frente a las ARP privadas, ya que al menos una de las primeras debe ser invitada al concurso público convocado por las entidades públicas que no hicieron uso de la facultad de contratación directa. La Corte, consideró tres razones por las cuales un trato diferenciado de la ARP del ISS estaba justificado. En primer lugar, la ARP del ISS era una entidad estatal y que, según la Constitución, era el Estado el primer llamado a prestar los servicios de la seguridad social,

incluidos los riesgos profesionales, por razones de interés público que apuntaban, entre otros, a lograr la universalidad del servicio; En segundo lugar, consideró que era legítimo establecer medidas que favorecieran económicamente a las entidades estatales ya que esto permite mejorar las condiciones de la prestación del servicio a la comunidad lo cual satisface el interés público y en tercer lugar, consideró que una restricción en la participación de las ARP privadas en la prestación de los servicios de aseguramiento no las excluía del mercado ni impedía su participación en el mismo por lo que consistía simplemente en una condición establecida por la ley para su participación. Adicionalmente, es importante advertir que los estímulos a la contratación de las ARP públicas están dirigidos únicamente a captar las entidades públicas lo que lleva a que se utilicen los recursos del estado para mejorar los servicios de seguridad social prestados también por el Estado.

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Trato diferente de ARP públicas frente a ARP privadas justificado para alcanzar un fin legítimo/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Medida no establece privilegio a favor de ninguna ARP pública

Las medidas adoptadas por el legislador persiguen un fin legítimo que es estimular la contratación con las ARP públicas, en especial la del ISS, para mejorar el flujo de recursos hacia tales ARP y poder prestar un mejor servicio a la comunidad. Las medidas - consistentes en la facultad de las entidades públicas de contratar directamente con la ARP del ISS y la obligación de invitar al menos una ARP pública al concurso público, cuando no se haga uso de la facultad - son idóneas para alcanzar el fin ya que efectivamente generan condiciones para que las ARP públicas, incluida la del ISS, sean contratadas más frecuentemente para mejorar sus ingresos. Además, la medida no establece un privilegio para ninguna ARP pública, sino una facultad para las entidades estatales.

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

La Constitución prevé la participación de los particulares en la prestación de los servicios de la seguridad social en condiciones de igualdad y de libertad de empresa, a la vez que confía al Estado la facultad de regular, vigilar y controlar esta participación teniendo en cuenta el interés general y los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

INTERVENCION DEL ESTADO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LIMITACION DE LA

LIBERTAD ECONOMICA DE PARTICULARES-Elementos para determinar la constitucionalidad

La Corte verifica los siguientes elementos para determinar la constitucionalidad de la intervención del Estado en el Sistema de Seguridad Social y la limitación de la libertad económica de los particulares: (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, y 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. En el presente caso la disposición demandada hace parte de la Ley 1122 de 2007; ninguna de las reglas acusadas afecta el núcleo esencial de la libertad económica, ya que las ARP particulares pueden seguir contratando con las entidades públicas mediante concursos públicos a los que concurren en igualdad de condiciones con las ARP públicas incluida la del ISS y tanto en la contratación directa de la ARP del ISS como en los concursos públicos se deben cumplir los principios de la contratación estatal: transparencia, economía y responsabilidad, de acuerdo con las necesidades del aseguramiento que defina en cada caso la entidad estatal; promover la contratación con las ARP públicas y la ARP del ISS busca garantizar el flujo de recursos en estas instituciones con el fin de mejorar la prestación de los servicios de seguridad social, lo cual satisface los principios de solidaridad y universalidad, y finalmente, la medida es proporcional según los parámetros definidos por la Corte Constitucional ya que efectivamente protege los derechos de los usuarios, al promover la contratación de las ARP públicas y la ARP del ISS con la finalidad de mejorar el flujo de recursos en estas entidades, sin afectar excesivamente la libertad económica de las ARP privadas.

Referencia: expediente D-6929

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007.

Demandante: Francisco Javier Gil Gómez

Magistrado Ponente:

Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, D.C., dos (2) de abril de dos mil ocho (2008)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Francisco Javier Gil Gómez demandó el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007, “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

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

II. NORMA DEMANDADA

El texto de la disposición demandada es el siguiente:

“LEY 1122 DE 2007

“(enero 9)

“Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2007

“CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

“DECRETA:

Artículo 24. Afiliación de las entidades públicas al Sistema General de Riesgos Profesionales. A partir de la vigencia de la presente ley todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal podrán contratar directamente con la administradora de riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales, de no ser así, deberán seleccionar su administradora de riesgos profesionales mediante concurso público, al cual se invitará obligatoriamente por lo menos a una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los regímenes de excepción previstos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. (se subrayan los apartes demandados)

III. LA DEMANDA

Manifiesta el actor que la norma demandada vulnera los derechos a la igualdad y libertad económica, consagrados en los artículos 13 y 333 de la Constitución Política. Así mismo, desconoce los artículos 48 y 365 de la Carta, relativos a la seguridad social y la prestación de los servicios públicos.

Expone que la norma acusada vulnera el derecho a la igualdad "(...) ya que en Colombia existe un régimen de liberalización en virtud del cual los servicios propios de la seguridad social pueden ser prestados por entidades públicas o particulares, pero en plano de igualdad, y por ello no puede el legislador establecer una prerrogativa a favor de la Administradora de Riesgos Profesionales por parte de las entidades públicas de los distintos niveles vía contratación directa, evento en el cual no tienen ninguna posibilidad las demás Administradoras de Riesgos que en virtud de la Constitución pueden prestar el servicio en plano de igualdad, y mas aun, si la entidad pública no quiere contratar con la Administradora de Riesgos del Seguro por cualquier motivo, la norma cuestionada consagra que debe realizar un proceso de selección (concurso público) en el cual como mínimo debe invitar en forma obligatoria a una Administradora de Riesgos Profesionales Pública, siendo la única actualmente precisamente la del Seguro Social".

En cuanto al desconocimiento del artículo 48 de la Constitución Política que hace referencia al derecho a la seguridad social, el demandante indica que: "(...) el Estado no puede ampararse en su competencia para dirigir, coordinar y controlar el servicio de la seguridad social para establecer normas que favorecen al mismo Estado en la prestación del servicio a través de una Empresa Pública como es la Administradora de Riesgos Profesionales del

Instituto de Seguros Sociales, ya que las funciones de dirección, coordinación y control se deben ejercer dentro de unos parámetros determinados por la constitución (sic) y que no son otros que lograr la eficiencia, universalidad y solidaridad en al prestación del servicio (sic), principios que nada tienen que ver con la norma impugnada”.

Anota que la norma acusada vulnera el derecho a la libertad económica, toda vez que “(...) la posibilidad que tiene la autoridad competente, en el presente caso el Estado, para regular una actividad económica como son los servicios públicos por estar liberalizados, tiene grandes limitantes como son la imposibilidad de hacer discriminaciones desproporcionadas entre los competidores y la obligación de otorgar el mismo número de garantías o prerrogativas para todos”.

De igual manera, señala que se desconoce el artículo 365 de la Constitución que alude a los servicios públicos, ya que “(...) la ley puede fijar el régimen jurídico para la prestación de los servicios públicos pero en dicho régimen deben tenerse en cuenta los principios y demás normas constitucionales, pues tratándose de un servicio liberalizado no es posible establecer prerrogativas a favor de uno de los prestadores, así dicho prestador sea de naturaleza pública”.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de la Protección Social

Mónica Andrea Ulloa Ruiz, actuando como apoderada del Ministerio de la Protección Social, intervino en el proceso para solicitar que las normas cuestionadas fueran declaradas exequibles.

En su concepto, el Ministerio de la Protección Social cita varias sentencias de la Corte Constitucional que hacen referencia a la contratación administrativa y la prestación de servicios de seguridad social, entre ellas, la sentencia C-516 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño) que analizó un problema jurídico similar al plantado en este caso, y en donde se precisó que: “El término diferencial establecido en la norma impugnada tiene una finalidad específica: proteger al ente estatal, la cual resulta ser legítima a la luz de los postulados constitucionales. La diferencia contemplada en la norma no vulnera el núcleo esencial de los derechos a la libertad de empresa, a la libre competencia y a la igualdad, pues no está

excluyendo a los particulares de la posibilidad de concurrir en la prestación del servicio público”.

Agrega que: “(...) existen diferencias notables en el tratamiento en materia de contratación en seguridad social que no han sido censuradas constitucionalmente. Así mismo, el propio contrato interadministrativo constituye una posibilidad de agenciamiento de bienes y servicios al interior de las propias entidades estatales con lo cual se persiguen objetivos loables y razonables dentro de un juicio de igualdad que no está revestido de la intensidad que se pretende (...). Adicionalmente, en materia de riesgos profesionales el legislador ha previsto una disparidad en el trato entre el ISS y las restantes administradoras en relación con el tiempo de permanencia, lo cual refuerza la constitucionalidad de la norma atacada”.

Añade además que: “(...) la norma acusada no está obligando a que la entidad estatal contrate con el ISS sino que aplica la regla general de la contratación administrativa en relación con las excepciones al proceso de licitación ya analizadas. Lo propio ocurre cuando se adelanta el proceso de selección, con la única aclaración, que tampoco resulta contraria a nuestro ordenamiento, relacionada con la invitación a una entidad pública administradora de riesgos profesionales. Esto no significa que, para la validez del proceso, la misma deba participar sino que debe ser invitada. El aprovechamiento de sus propias entidades especializadas en la materia, mediante la contratación administrativa, constituye una extensión de los principios propios de la función administrativa. Ello no obsta para que, mediante un proceso de selección por concurso de méritos, se escoja otra administradora de riesgos profesionales”.

2. Universidad ICESI

La Universidad ICESI participó en el presente proceso de constitucionalidad, defendiendo la exequibilidad de la norma acusada. En su intervención luego de analizar la demanda y los argumentos de la misma, aplica un test leve de igualdad para afirmar que la norma: “(...) busca la agilidad en los proceso de contratación entre entidades estatales (ARP del Seguro Social como contratista y entidades estatales como contratantes) y garantizar la participación del as ARP públicas en las convocatorias para definir el aseguramiento de los servidores de las entidades estatales, con el fin de proteger el interés general, tanto del Estado como empleador y contratante de los riesgos profesionales, como de su ARP que

participa con la prestación de este servicio”.

Agrega que el medio para lograr lo buscado es “(...) la creación de dos formas de contratación diferentes frente a sujetos contractuales diferentes”. Finalmente, analiza la relación medio-fin para concluir que: “(...) el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007 establece dos formas diferentes de contratación estatal: una directa, con la ARP del Seguro Social, y otra por concurso público, cuando el contratista es una ARP privada. Se justifica que el Estado, cuando actúa como empleador, puede contratar directamente con la ARP del Seguro Social los riesgos profesionales de sus servidores. Es una contratación de donde ambos, contratista y contratantes son entes públicos. En la segunda de las posibilidades, contratante público y contratista privado (ARP privadas) deberá hacerse un concurso público. Es decir, son dos formas de contratar frente a sujetos diferentes, luego no se podría alegar una discriminación”.

Finalmente, aduce que el derecho a la libertad económica no se ve afectado con la disposición acusada, puesto que la restricción establecida en la contratación tiene como fin garantizar la agilidad en los procesos contractuales entre entidades estatales y añade que: “(...) la administración de riesgos profesionales no es una actividad económica ordinaria dentro de un mercado abierto. La seguridad social es un servicio público a cargo del Estado, en cuya prestación concurren los particulares bajo autorización estatal (...). El Estado, a través de sus ARP no podría situarse en igualdad de condiciones con las ARP privadas (...). Las ARP públicas son empresas industriales y comerciales del Estado, sujetas a controles que en muchos casos hacen mas lentos sus procesos y esto las pone en desigualdad frente a sus competidores, sus regimenes financieros, laborales, entre otros, también distan de la libertad con que si cuentan los operadores privados (...). En suma, la ARP privada busca el lucro a través de un servicio eficiente, mientras que la ARP pública busca cumplir los fines estatales de la seguridad social, a través de esa prestación eficiente”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante escrito del 23 de octubre de 2007, el Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, intervino en el proceso de la referencia y solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la norma demandada.

El jefe del Ministerio Público indica que la limitación a la libertad económica, en la norma

acusada, es legítima, toda vez que: “ i) opera por ministerio de la ley (Constitución Política, artículo 334); ii) respeta el núcleo esencial de la libre competencia económica porque no excluye a los particulares de la posibilidad de concurrir en la prestación del servicio público; iii) obedece al principio de solidaridad teniendo en cuenta que la norma tiende a otorgarle estabilidad financiera a la ARP del Seguro Social lo que a su vez propende por una mayor y mejor cobertura en la prestación del servicio; iv) responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (...), pues es totalmente válido que el Estado contribuya con el mismo Estado y de una importancia incuestionable que las entidades públicas le den su voto de confianza y su apoyo a la entidad pública encargada de la seguridad social en el país”.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 numeral 5 de la Constitución Política, la Corte es competente para conocer de la presente demanda.

2. El problema jurídico

El accionante considera que tanto la facultad de las entidades públicas de contratar directamente con la ARP del ISS como la obligación de invitar a una ARP pública a los concursos públicos, implican un trato diferenciado de las ARP públicas frente a las privadas que no se encuentra justificado y, en consecuencia, vulnera el artículo 13 de la Constitución. Agrega que este trato diferenciado implica a su vez una limitación de la libertad económica de las ARP particulares que es contrario al artículo 333 de la Constitución. Finalmente, de lo anterior deriva que el legislador no tenía competencia para proferir este tipo de normas - discriminatorias y limitativas de la libertad de empresa - ya que la facultad constitucional del Estado de regular la seguridad social, debe ceñirse a los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad (artículos 48 y 365 de la Constitución).

Según esto, el problema jurídico que resolverá la Corte en esta oportunidad se puede sintetizar en la siguiente pregunta: ¿Vulnera el derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución), la libertad económica (artículo 333 de la Constitución) y la competencia del Estado para regular el sistema de salud (artículos 48 y 365 de la Constitución) la facultad de las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal de contratar

directamente con la Administradora de Riesgos Profesionales del Seguro Social y, en caso de no hacerlo, la obligación de invitar a una administradora de riesgos profesionales pública a que participe en el concurso público (artículo 24 de la Ley 1122 de 2007)?

Para resolver el anterior problema jurídico la Corte estudiará los elementos que confirman la disposición demandada para definir si, en efecto, existe un trato diferenciado en favor de las ARP públicas y la ARP del ISS y si el mismo se encuentra justificado y, posteriormente, reiterará su jurisprudencia sobre el alcance de la libertad de empresa y analizará los demás cargos.

3. Contenido del artículo 24 de la Ley 1122 de 2007 e igualdad entre las ARP públicas y privadas.

El artículo demandado regula la afiliación de las entidades públicas al sistema de riesgos profesionales: “A partir de la vigencia de la presente ley todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal podrán contratar directamente con la administradora de riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales, de no ser así, deberán seleccionar su administradora de riesgos profesionales mediante concurso público, al cual se invitará obligatoriamente por lo menos a una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los regímenes de excepción previstos en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.”

Como se ve, la norma está dirigida a todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal y prevé dos reglas para la contratación de ARP: (i) la facultad de estas entidades de contratar directamente con la ARP del Instituto de Seguros Sociales y (ii) en aquellos casos en los que no se haga uso de esta facultad, la obligación de invitar por lo menos una ARP pública al concurso público.

En cuanto a la primera regla contenida en la norma, es importante resaltar que se trata de una facultad de contratar directamente con la ARP del ISS, la cual puede ser ejercida o no por las entidades públicas. En todo caso, la contratación directa es un procedimiento regulado para la selección de contratistas que se encuentra sujeto, como toda contratación estatal, a los principios de transparencia, economía y responsabilidad (artículo 23 de la Ley 80 de 1993) y debe cumplir las reglas de la selección objetiva (Ley 1150 de 2007).

De otra parte, en aquellos casos en los que la contratación se efectúe a través de concurso público, la disposición acusada simplemente obliga a invitar a una ARP del sector público a participar del proceso del concurso público lo cual significa que esta no está obligada a participar sino simplemente que debe ser invitada.

En efecto, la norma crea un trato diferenciado cuando se trata de la contratación de la ARP por parte de las entidades públicas. En primer lugar, un trato diferenciado de la ARP del ISS frente a las ARP privadas, ya que la primera puede ser contratada mediante contratación directa. En segundo lugar, un trato diferenciado de las ARP públicas en general frente a las ARP privadas, ya que al menos una de las primeras debe ser invitada al concurso público convocado por las entidades públicas que no hicieron uso de la facultad de contratación directa.

Ya en otras oportunidades la Corte ha revisado la constitucionalidad de los tratos diferenciados entre las ARP públicas y las privadas. Así, en la sentencia C-516 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño) la Corte estudió la constitucionalidad de una disposición que establecía un término mayor para permitir el traslado de los empleadores de de la ARP del Seguro Social (dos años) que de las demás (un año), lo cual, a juicio del demandante, era un trato desigual que no estaba justificado.

La Corte, por el contrario, consideró tres razones por las cuales un trato diferenciado de la ARP del ISS estaba justificado. En primer lugar, la Corte señaló que la ARP del ISS era una entidad estatal y que, según la Constitución, era el Estado el primer llamado a prestar los servicios de la seguridad social, incluidos los riesgos profesionales, por razones de interés público que apuntaban, entre otros, a lograr la universalidad del servicio: “El intervencionismo del Estado en materia de seguridad social resulta ser intenso en la medida en que se trata de un servicio básico para la sociedad que está orientado por el principio según el cual su prestación debe hacerse bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Este es primordialmente quien lo debe prestar y el hecho de que los operadores privados puedan concurrir en su prestación es una consecuencia directa de una habilitación expresa por parte del ente estatal. Uno de los pilares del Sistema de Riesgos Profesionales es precisamente su universalidad, y su existencia se deriva directamente del trabajo, como protección especial a cargo del Estado, lo que implica que va dirigido a cubrir los riesgos de toda la población trabajadora, en cuanto el Sistema tiene una finalidad de interés público.”.

En segundo lugar, consideró que era legítimo establecer medidas que favorecieran económicamente a las entidades estatales ya que esto permite mejorar las condiciones de la prestación del servicio a la comunidad lo cual satisface el interés público: “(...) el término diferencial establecido en la norma impugnada tiene una finalidad específica: proteger al ente estatal, la cual resulta ser legítima a la luz de los postulados constitucionales. En efecto, el término mínimo de permanencia de dos años para el usuario le otorga mayores beneficios económicos al Estado, al contar con plazos mas largos a efectos de realizar inversiones en beneficio de la comunidad y ello le da una mejor estabilidad financiera que en últimas conlleva a una mejor prestación del servicio, con lo cual el interés público resulta garantizado. Ese interés público que se encuentra de por medio es relevante para el juez constitucional al momento de realizar la confrontación frente a los preceptos de la Carta Política puesto que la libertad de empresa y la libertad económica deben ceder al interés general.”

En tercer lugar, consideró que una restricción en la participación de las ARP privadas en la prestación de los servicios de aseguramiento no las excluía del mercado ni impedía su participación en el mismo por lo que consistía simplemente en una condición establecida por la ley para su participación, según lo indicaba la misma constitución: “(...) la diferencia contemplada en la norma no vulnera el núcleo esencial de los derechos a la libertad de empresa, a la libre competencia y a la igualdad, pues no está excluyendo a los particulares de la posibilidad de concurrir en la prestación del servicio público. Tan sólo establece un plazo de permanencia distinto cuyo propósito no es otro que hacer efectivo el mandato constitucional de intervención estatal en la economía y en los servicios públicos y de asegurar la prevalencia del interés general. Es decir, no se atenta contra la libre competencia en condiciones de igualdad puesto que responde a una finalidad básica de intervención estatal. Además, conforme al artículo 48 C.P., la ley es la que determinará las condiciones para que la seguridad social pueda ser prestada por entidades públicas o privadas y en esa medida puede establecer un término distinto de permanencia en una determinada A.R.P.”

En el presente caso, como en aquel, el trato diferenciado a favor de la ARP del ISS y de las ARP públicas, (1) responde al deber constitucional del Estado de prestar los servicios de la seguridad social en el marco del interés público, buscando incrementar su participación en la contratación de las entidades estatales, lo cual a su vez (2) puede mejorar las condiciones económicas de estas entidades posibilitando una mejor prestación del servicio a favor de la

comunidad, (3) sin excluir a las ARP del sector privado, las cuales participarán en igualdad de condiciones en los concursos de las entidades públicas y en la contratación de servicios de aseguramiento en el sector privado.

Adicionalmente, en el presente caso es importante advertir que los estímulos a la contratación de las ARP públicas están dirigidos únicamente a captar las entidades públicas lo que lleva a que se utilicen los recursos del estado para mejorar los servicios de seguridad social prestados también por el Estado.

En conclusión, las medidas adoptadas por el legislador persiguen un fin legítimo que es estimular la contratación con las ARP públicas, en especial la del ISS, para mejorar el flujo de recursos hacia tales ARP y poder prestar un mejor servicio a la comunidad. Las medidas – consistentes en la facultad de las entidades públicas de contratar directamente con la ARP del ISS y la obligación de invitar al menos una ARP pública al concurso público, cuando no se haga uso de la facultad – son idóneas para alcanzar el fin ya que efectivamente generan condiciones para que las ARP públicas, incluida la del ISS, sean contratadas más frecuentemente para mejorar sus ingresos. Además, la medida no establece un privilegio para ninguna ARP pública, sino una facultad para las entidades estatales. Finalmente, la medida no impide que las ARP privadas contraten con entidades públicas, ni obliga a tales entidades a contratar con la ARP del ISS.

Por estas razones, la Corte reiterará lo señalado en la sentencia citada en el sentido de que el trato diferenciado de la ARP del ISS y las ARP públicas se encuentra justificado en casos como estos: “Es claro que ni la igualdad ni la libre competencia son absolutas y que en ocasiones como la que se estudia en esta oportunidad pueden resolverse a favor del Estado por encontrarse de por medio el interés público.”. Con base en lo anterior, los cargos analizados relativos a la vulneración del artículo 13 de la Constitución no están llamados a prosperar.

4. Alcances de la libertad económica en el Sistema General de Seguridad Social. Reiteración de jurisprudencia.

En múltiples oportunidades la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia que la Constitución prevé la participación de los particulares en la prestación de los servicios de la seguridad social en condiciones de igualdad y de libertad de empresa, a la vez que confía al

Estado la facultad de regular, vigilar y controlar esta participación teniendo en cuenta el interés general y los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Recientemente, en la sentencia C-260 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) en la que se declaró la constitucionalidad de algunas limitaciones en la libertad de contratación entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios, después de revisar lo señalado en la sentencia C-616 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil) en la que se describen los alcances de la libertad económica en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Corte concluyó: “A partir de esta sentencia, y de otras en las que se ha reiterado la misma jurisprudencia¹, puede afirmarse que el legislador previó un sistema de aseguramiento de la salud, en el que concurren el sector privado y el sector público, y en el cual: (i) el Estado tiene una facultad amplia de regular la participación del sector privado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de su facultad de intervención en la economía², a la vez que (ii) los particulares tienen la garantía de su libertad de empresa en la participación en la prestación del servicio público de salud, aún cuando este no es un derecho absoluto³, y se inscribe dentro del marco constitucional esencialmente orientado a garantizar el derecho a la salud de todos.”

En la misma línea, en la sentencia C-1041 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte declaró la exequibilidad condicionada⁴ del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 en el cual se limitaba la contratación de las EPS con sus propias IPS al 30%. En cuanto a la intervención económica del Estado, específicamente señaló que en materia de servicios públicos ésta tiene la finalidad de asegurar la satisfacción de necesidades básicas (artículo 334 de la Constitución) y que la limitación de la integración vertical no debe restringir el goce efectivo del derecho a la salud. Por lo tanto, dicha intervención debe preservar la libertad de elección de los usuarios y fundarse en criterios objetivos previamente determinados y publicados.

También en la sentencia C-516 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), citada antes, la Corte llegó a una conclusión similar a la anterior:

“En efecto, la Carta Política garantiza la libertad de competencia en el mercado de los servicios de seguridad social en igualdad de condiciones, pero ese derecho no es absoluto, como en forma reiterada lo ha sostenido la jurisprudencia, en cuanto tiene sus límites en los

principios que rigen el servicio público de seguridad social. Así, los principios de libre competencia y libertad de empresa deben armonizarse con las especiales potestades de intervención que tiene el Estado y con los principios y reglas propios de los servicios públicos, en especial el de seguridad social.⁵

Esa facultad de intervención se ve claramente reflejada en el artículo 333 de la Constitución que expresamente dispone que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” y en el artículo 334 ibídem, conforme al cual la dirección general de la economía está a cargo del Estado y éste intervendrá, por mandato de la ley, en los servicios públicos y privados para “racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Es precisamente con el fin de lograr el cumplimiento de los aludidos fines constitucionales que el legislador puede intervenir la actividad económica.”

En ambos casos la Corte verificó los siguientes elementos para determinar si la intervención del Estado en el Sistema de Seguridad Social y la limitación de la libertad económica de los particulares, eran constitucionales: (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.⁶

El demandante considera que la facultad de las entidades públicas de contratar directamente con la ARP del ISS y la obligación de invitar una ARP pública a los concursos públicos limita la libertad económica de las ARP privadas al establecer un trato diferenciado que las desfavorece. Aún cuando ya se estableció que la anterior es una diferenciación justificada a la luz de la Constitución, pasa la Corte a explicar el cumplimiento de los requisitos indicados por la norma demandada, tal y como lo señaló el Procurador en su intervención.

En primer lugar, (i) la disposición demandada hace parte de la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se

dictan otras disposiciones". (ii) Ninguna de las reglas acusadas afecta el núcleo esencial de la libertad económica, ya que las ARP particulares pueden seguir contratando con las entidades públicas mediante concursos públicos a los que concurren en igualdad de condiciones con las ARP públicas incluida la del ISS y tanto en la contratación directa de la ARP del ISS como en los concursos públicos se deben cumplir los principios de la contratación estatal: transparencia, economía y responsabilidad, de acuerdo con las necesidades del aseguramiento que defina en cada caso la entidad estatal.

Como ya se dijo antes, (iii) promover la contratación con las ARP públicas y la ARP del ISS busca garantizar el flujo de recursos en estas instituciones con el fin de mejorar la prestación de los servicios de seguridad social, lo cual satisface los principios de solidaridad y universalidad (artículo 48 de la Constitución). En la misma línea, el artículo 1 de la Ley 1122 de 2007 señala como finalidad de las modificaciones al sistema de seguridad social dirigida a mejorar la prestación de los servicios a los usuarios.

Finalmente, la medida (iv) es proporcional según los parámetros definidos por la Corte Constitucional ya que efectivamente protege los derechos de los usuarios, al promover la contratación de las ARP públicas y la ARP del ISS con la finalidad de mejorar el flujo de recursos en estas entidades, sin afectar excesivamente la libertad económica de las ARP privadas,⁷ ya que estas pueden en todo caso: (a) prestar los servicios de aseguramiento de los riesgos profesionales en el sector privado en igualdad de condiciones que las ARP públicas y (b) participar en los concursos públicos de las entidades públicas en igualdad de condiciones que las ARP particulares.

Reitera la corte que las ARP públicas sólo deben ser invitadas al concurso público. Estas no se encuentran obligadas a participar y si participan no puede haber ningún criterio que tienda a favorecerlas en el concurso público. Estas participan en las mismas condiciones que las ARP privadas en un concurso que debe respetar los principios que lo rigen, en especial los de objetividad, imparcialidad y transparencia.

Por las anteriores razones, tampoco está llamado a prosperar el cargo relacionado con la violación de la libertad económica. La misma decisión se adoptará en relación con la trasgresión de los artículos 48 y 365 relacionada con la ausencia de competencia para proferir las normas demandadas por incumplir estas con los principios señalados en la

constitución ya que estas efectivamente promueven la “eficiencia, universalidad y solidaridad” en la prestación del servicio de aseguramiento de riesgos profesionales.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE las expresiones “podrán contratar directamente con la administradora de riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales” y “al cual se invitará obligatoriamente por lo menos a una administradora de riesgos profesionales de naturaleza pública” contenidas en el artículo 24 de la Ley 1122 de 2007 por los cargos analizados en la presente sentencia.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

IMPEDIDO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver, entre otras sentencias en las que se ha reiterado la C-616 de 2002, la sentencia C-615 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-898 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

2 En la sentencia C-615 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) se señaló al respecto: “El instrumento por excelencia que permite a las autoridades lograr la efectividad de la función social de la empresa, es la actividad estatal de intervención en la economía. Esta intervención, según lo prevé el canon 334 superior, se lleva a cabo por mandato de la ley “en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Así pues, el legislador puede intervenir la actividad económica, a fin de lograr los mencionados fines constitucionales. (...) por cuanto los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la

población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control. ”

3 En la misma providencia se señaló sobre este punto: “En diversos pronunciamientos esta Corporación ha señalado que, sin que esta sea la única alternativa legislativa que se acomode a la Constitución, también en materia de prestación del servicio público de salud el legislador puede dar cabida a la actividad de los particulares dentro de un esquema de competencia y libertad de empresa, en el cual esta última libertad se definiría como el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tuvieran por objeto la prestación del referido servicio. Soporta esta posición el artículo 365 de la Constitución antes mencionado, que indica que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, y más específicamente el 49 ibidem, según el cual, “la Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”. (...)”

4 La parte resolutive de dicha providencia indicó: “Primero.- Declarar exequible, por los cargos analizados, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia. || Segundo.- Declarar exequible el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que dicho plazo comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud, ésta le notifique a la EPS respectiva, que debe ajustar su integración vertical al 30%.”

5 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-915 del 29 de octubre de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

6 Estos criterios fueron establecidos en la sentencia C-616 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil) y fueron reiterados en: Sentencia C-955 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) en la cual la corte declaró la constitucionalidad, entre otros, de la facultad de la Comisión de Regulación en Salud de establecer un sistema tarifario relativo a los pagos que las

administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud deben hacer a las instituciones que prestan servicios de salud, y relativo a los honorarios de los profesionales de la salud. En la sentencia C-516 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño, la Corte) señaló: “En reiteradas oportunidades esta Corporación ha resuelto tensiones que se presentan entre los principios de libertad de empresa, libertad económica y la primacía del interés general y ha concluido que la restricción a esas libertades económicas es constitucional “si (i) se llevó a cabo por ministerio de la ley; (ii) respeta el “núcleo esencial” de la libertad de empresa; (iii) obedece al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato””. Por su parte, la sentencia C-260 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte indicó: “(...)a partir del reconocimiento de que el Estado tiene una facultad amplia de intervenir la actividad económica de los particulares en el sistema de salud y que estos a su vez tienen un derecho a la libertad de empresa que no es absoluto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado cuáles son las condiciones bajo las cuales procede la limitación de la libertad económica por parte del Estado. Ha dicho la Corte que la intervención estatal: (i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer a motivos suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; (iv) debe obedecer al desarrollo de principios constitucionales específicos del ámbito de la salud como la solidaridad, la universalidad y la eficiencia; y (v) debe respetar el principio de proporcionalidad que limita el margen de intervención estatal cuando esta afecta derechos”.

7 En la sentencia C-233 de 2002 (MP Álvaro Tafur Galvis), la Corte señaló: “Cabe recordar que esta Corporación ha establecido una metodología para el análisis judicial de la finalidad legítima de las sanciones adoptadas por el legislador, ligada a los principios de proporcionalidad y razonabilidad exigidas a ellas. Así la Corte ha dicho que la restricción a los derechos constitucionales que ellas implican , debe ser adecuada para lograr el fin perseguido, además deberá determinarse si es necesaria, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, por último, si son “proporcionados stricto sensu” , esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantiza.”