

Sentencia C-601/19

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Carácter inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Definición

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Tipología/COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL, COSA JUZGADA ABSOLUTA Y RELATIVA Y COSA JUZGADA APARENTE-Conceptos

CORTE CONSTITUCIONAL-Efectos de las decisiones

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Excepciones al alcance

COSA JUZGADA-Identidad de norma cargo y fundamento

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL FORMAL RELATIVA-Configuración

Con base en las reglas definidas por la jurisprudencia constitucional, la Sala Plena constató que sobre el asunto sometido a su consideración operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional formal y relativa respecto de lo decidido en la sentencia C-125 de 2018. En concreto, quedó demostrado que, (i) la acusación formulada por el actor en el presente caso recae sobre el mismo contenido normativo de la disposición jurídica demandada en la sentencia mencionada (identidad en el objeto de control); y (ii) las razones sobre las cuales se estructuró el cargo de inconstitucionalidad en esta oportunidad, fueron estudiadas y dieron lugar a la declaratoria de exequibilidad por la Corte en la citada providencia (identidad en el parámetro de control)

Referencia: Expediente D-13118

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, “por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

Demandante: Isaac Alfonso Devis Granados

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D. C., once (11) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la presente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES[1]

1. El 20 de abril de 2019, el ciudadano Isaac Alfonso Devis Granados presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 12.b) de la Ley 1797 de 2016, según la cual, en los procesos de liquidación de Entidades Promotoras de Salud (EPS) y de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, (IPS), las deudas reconocidas a estas últimas entidades se encuentran en el segundo nivel en el orden de prelación de créditos, incluyendo las deudas asociadas a los servicios de urgencias.

2. Inicialmente, la demanda de inconstitucionalidad fue inadmitida mediante auto del día 22 de marzo de 2019.

3. El 1 de abril de 2019, dentro del término legal, el demandante aportó elementos que generaron una duda inicial sobre la constitucionalidad del aparte normativo acusado, con lo cual subsanó la demanda.

4. Mediante auto del día 23 de abril de 2019, el magistrado ponente (i) admitió la demanda; (ii) ordenó correr traslado de la misma a la Procuraduría General de la Nación por el lapso de 30 días, para que rindiera concepto en los términos de los artículos 242.5 y 278.5 de la Carta Política; (iii) fijó en lista la disposición acusada, con el objeto de que fuese impugnada o defendida por cualquier ciudadano; (iv) comunicó de la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Salud, para que se pronunciaron sobre las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad y suministraran los insumos fácticos, conceptuales y normativos que estimaran pertinentes; y (v) invitó a participar dentro del proceso a varias entidades y organizaciones para que se pronunciaron sobre las

pretensiones de la demanda y para que suministraran insumos de análisis que estimaran pertinentes según sus áreas de conocimiento y experticia[2].

5. La ponencia de esta sentencia había correspondido, en principio, al magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez. No obstante, al presentar el proyecto ante la Sala Plena, éste no obtuvo la mayoría de los votos requeridos para que fuera aprobado. En consecuencia, el expediente fue rotado al funcionario que seguía en orden alfabético, para que elaborara la sentencia, a saber, el Magistrado Alejandro Linares Cantillo.

6. Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la presente demanda.

A. NORMA DEMANDADA

7. A continuación, se transcribe la norma demandada, subrayando y resaltando en negrilla la expresión cuestionada:

“LEY 1797 DE 2016

(Julio 13)

Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 12. PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD, (IPS), Y DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD (EPS). <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los que están en curso, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecánicos de redistribución de

riesgo:

a) Deudas laborales;

b) Deudas reconocidas a Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. En estas deudas se incluirán los servicios prestados o tecnologías prestadas por urgencias, así no medie contrato. En estos casos la liquidación debe desarrollar la auditoría y revisión de cuentas para su reconocimiento en lo pertinente.

c) Deudas de impuestos nacionales y municipales;

d) Deudas con garantía prendaria o hipotecaria, y

e) Deuda quirografaria.”

B. LA DEMANDA

8. En concepto del accionante, la disposición demandada incurre en una omisión legislativa que viola los derechos a la vida, la igualdad y la salud contemplados, respectivamente, en los artículos 11, 13 48 y 49 constitucionales y, en consecuencia, desconoce los deberes regulativos consagrados en el artículo 150 de la Carta Política.

9. Argumentó que el legislador incurre en la omisión reprochada porque ubica a las IPS en el segundo nivel dentro del orden de prelación de créditos en los procesos de liquidación de las EPS, pero deja a las acreencias de los establecimientos farmacéuticos en el último nivel de prelación, junto con las demás deudas quirografarias. A juicio del actor, dichos establecimientos deberían tener las mismas garantías en los procesos de liquidación de las EPS, dado que, al ser prestadores directos de bienes y servicios de los usuarios del sistema de salud público, tienen la misma calidad de prestador de servicio que las IPS y, por lo tanto, deben ocupar igual posición. Sostiene que, en la práctica, esta situación ocasiona que las deudas quedan insolutas por el alto nivel de pasivos de las EPS.

10. Manifestó que el anterior tratamiento diferenciado viola el principio de igualdad. Primero, porque no existe un principio que explique o justifique la exclusión tácita de los establecimientos farmacéuticos del segundo nivel dentro del orden de prelación de créditos en los procesos liquidatorios de las EPS. Segundo, el Decreto 780 de 2016 establece que la

provisión de medicamentos y otros productos farmacéuticos a los usuarios se puede efectuar directamente por las IPS o mediante los establecimientos farmacéuticos. De ahí que, es discriminatorio que solo las deudas que adquieran las EPS frente a las IPS, derivadas de la provisión de estas tecnologías, tengan la prelación especial consagrada en la norma demandada, cuando ambos sujetos se encuentra en la misma posición fáctica y jurídica. Tercero, la diferenciación normativa tuvo en cuenta la naturaleza jurídica del acreedor, cuando el criterio relevante es la naturaleza y contenido de la obligación. En los antecedentes legislativos no consta la razón por la que se apeló a este criterio. Cuarto, lo anterior podría anular el propósito de la Ley 1797 de 2016 de diseñar e implementar herramientas para el saneamiento financiera del sistema de salud, por no involucrar a todos los actores que lo integran.

11. Agregó que, de la anterior circunstancia, se deriva una vulneración de los derechos a la salud y a la vida, puesto que afecta la funcionalidad del esquema para la provisión de productos farmacéuticos, el cual resulta necesario para el goce efectivo de las mencionadas garantías fundamentales. En efecto, la medida acusada excluye a las droguerías y farmacias del segundo nivel de prelación de créditos, afectando sin justificación a uno de los eslabones fundamentales del sistema de salud, el cual requiere para su óptimo funcionamiento que todos sus componentes gocen de la misma protección legal. Lo anterior, resulta más grave si se tiene en cuenta que recae sobre productos farmacéuticos, que constituyen una tecnología esencial para el tratamiento, rehabilitación y paliación de las enfermedades.

13. Es cierto que, al igual que en el asunto bajo estudio, en la sentencia C-125 de 2018 se evaluó la constitucionalidad de la misma prescripción jurídica (literal b del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016), a partir de un cargo por omisión legislativa, que lesionaría el principio de igualdad.

14. Sin embargo, la controversia es diferente a la del caso concreto, debido a que los sujetos objeto de la confrontación son distintos. En la sentencia precitada, el juicio de igualdad se efectuó entre las IPS y las entidades que proveen productos farmacéuticos y quirúrgicos a las EPS y a las IPS, por ejemplo, los laboratorios farmacéuticos. En contraste con el presente proceso, en el que la comparación se realiza entre las IPS y los establecimientos farmacéuticos que proveen bienes y servicios de salud de manera directa

a los afiliados al sistema, tal y como, en su concepto, ocurre con las farmacias y las droguerías[3].

15. En este punto, el demandante insistió en que los sujetos mencionados se encuentran en equivalencia de condiciones fácticas y jurídicas. Esto, no solo porque los establecimientos farmacéuticos hacen parte integral del sistema de salud, por tener a su cargo la distribución de medicamentos y de dispositivos médicos entre los pacientes, sino también por las siguientes razones: “(i) se hallan en la misma situación jurídica; (ii) son prestadores directos de bienes y servicios de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; (iii) depende de los establecimientos farmacéuticos que los usuarios del sistema de seguridad social en salud y/o pacientes, sean atendidos conforme a estándares de calidad, eficiencia e integralidad, conforme a criterios de humanidad y a los principios del sistema de seguridad social en salud, esto es, son garantes directos del servicio en salud (servicio farmacéutico)”. Además, en razón a que el objeto de la Ley 1797 de 2016 es garantizar el flujo de recursos y la sanidad de las finanzas del sector salud, la medida cuestionada debe hacerse extensiva a los establecimientos farmacéuticos.

16. Sin perjuicio de lo anterior, manifestó el actor que, en el supuesto de que exista coincidencia entre el cargo de igualdad estudiado en la sentencia C-125 de 2018 y el planteado en esta oportunidad, la Corte estaría frente al fenómeno de la cosa juzgada relativa, dado que los cargos por violación de los derechos a la salud y a la vida formulados contra la disposición acusada en el presente caso, no fueron evaluados en la providencia precitada. Por lo tanto, este Tribunal estaría habilitado para pronunciarse sobre tales acusaciones.

17. Con fundamento en las consideraciones anteriores, el actor solicita la declaratoria de inexecutable del literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 y, como pretensión subsidiaria, declarar su constitucionalidad condicionada, “en el sentido de que en el segundo orden de prelación de créditos que allí se regula se incluya a los establecimientos farmacéuticos que suministran bienes y servicios de manera directa a los afiliados del sistema de seguridad social en salud”.

C. INTERVENCIONES

18. Durante el trámite del presente asunto se recibieron oportunamente

seis escritos de intervención, por medio de los cuales se solicitó a la Corte que se pronuncie en distintos sentidos, a saber: (i) declare la ocurrencia de la cosa juzgada frente a lo dispuesto en la sentencia C-125 de 2018; (ii) declare la exequibilidad de la disposición acusada; o (iv) declare su exequibilidad condicionada.

19. Solicitud de estarse a lo resuelto. La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)[4] y Cruz Verde[5] intervinieron para atacar y defender la procedencia del escrutinio judicial, respectivamente.

20. La ANDI solicitó a este Tribunal estarse a lo resuelto en la sentencia C-125 de 2018. Manifestó que, en la providencia referida, la Corte desvirtuó la tesis del actor según la cual los establecimientos farmacéuticos y las IPS son asimilables, por el hecho de que proveen bienes y servicios de manera directa a los usuarios del sistema de salud. Además, consideró que no hay razón que justifique la participación de los establecimientos referidos en los procesos de liquidación de las EPS y las IPS, pues debe tenerse en cuenta que estos efectúan sus operaciones a través de la venta directa al público.

21. Por su parte, Cruz Verde sostuvo que no se configura la cosa juzgada constitucional respecto de la sentencia C-125 de 2018 y, en efecto, defiende la procedencia del estudio de fondo de la demanda. En primer lugar, suscribe el argumento del demandante en cuanto a que los grupos frente a los cuales se reclama un trato igualitario en el caso concreto (establecimientos farmacéuticos) no coinciden con los estudiados por la Corte en la providencia precitada (proveedores de las EPS y las IPS). En segundo lugar, advierte que como con posterioridad a la expedición de la citada providencia se produjo un cambio en el marco normativo en el que se inscribe el precepto demandado, cambio que, a su turno, provoca una alteración en la comprensión de la disposición atacada, sí hay lugar a un nuevo pronunciamiento judicial. Para tal efecto, refiere lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo y en la nueva ley de transparencia en el sector de la salud, a la que afirmó, únicamente, le falta la sanción presidencial.

22. Por lo demás, concluyó que, al haberse producido un cambio sustantivo en el estatus jurídico de los gestores farmacéuticos, esto es, en la condición en función de la cual se estructuró la medida legislativa, la existencia de la sentencia C-125 de 2018 no obsta para que, a la luz del nuevo esquema de provisión de servicios en el sistema de salud, se evalúe

la constitucionalidad del precepto impugnado.

23. Solicitud de exequibilidad. Algunos intervinientes solicitaron a la Corte que declare la constitucionalidad de la norma acusada[6]. Los argumentos sobre los cuales sustentaron dicha solicitud se resumen de la siguiente manera:

24. En primer lugar, el legislador goza de una amplia libertad de configuración para fijar las reglas que operan el sistema de salud, razón por la que está justificada la exclusión tácita contenida en la disposición demandada. Por la materia regulada en la disposición demandada, el saneamiento de las finanzas y el flujo de recursos en el sistema público de salud, como por no evidenciarse un criterio sospechoso de diferenciación, el legislador contaba con un amplio margen de configuración para estructurar los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS. Por este motivo, la medida legislativa debe ser objeto de un juicio leve de igualdad. Además, en las sentencias C-089 de 2016 y C-109 de 2017, la Corte ya reconoció la validez de medidas similares a la demandada en esta oportunidad.

25. En segundo lugar, las IPS y los establecimientos farmacéuticos no son asimilables, en razón a que los diferencia el rol que cada uno desempeña en el sistema de salud, así como también las repercusiones que se derivan de no priorizar sus acreencias en los procesos de liquidación de las EPS. En cuanto a las IPS, los intervinientes manifiestan que: (i) las repercusiones que se derivan del no pago de sus acreencias impactan el derecho a la salud de los usuarios del sistema de salud; (ii) las IPS son las llamadas a proporcionar las tecnologías en salud a los afiliados, incluyendo servicios esenciales como la atención en urgencias (art. 145 de la Ley 100 de 1993); (iii) por lo anterior, estas instituciones se encargan de brindar directamente la atención a los usuarios y de soportar la operación del sistema de salud.

26. En contraste con lo anterior, los establecimientos farmacéuticos (i) no son actores del sistema de salud, dado que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, los integrantes de este son las EPS y las IPS; (ii) no prestan atención directa a los pacientes, pues limitan su intervención a la comercialización de medicamentos, cumpliendo un rol secundario y complementario relacionado con aspectos puntuales y específicos que no tienen la envergadura de las responsabilidades asignadas a las IPS; (iii) el vínculo entre estas entidades y los usuarios es tan solo indirecta y netamente comercial, pues la relación

se encuentra mediada por las EPS y las IPS, esta última incluso puede optar por suministrar directamente los productos farmacéuticos habilitando su propio esquema de atención.

27. En tercer lugar, de la diferencia del rol que desempeñan las IPS y los establecimientos farmacéuticos se derivan otras asimetrías en el esquema y dinámicas de funcionamiento de estas entidades. En efecto, los establecimientos operan bajo la lógica de la actividad mercantil orientada a la consecución del lucro, mientras que el funcionamiento de las IPS está subordinado al objetivo de garantizar la prestación del servicio de salud a la población colombiana. Incluso, muchas IPS ni siquiera tienen un ánimo en lucro, el manejo de sus recursos se encuentra regulado exhaustivamente por tratarse de recursos públicos de naturaleza parafiscal, y se encuentran excluidas expresamente del régimen de insolvencia empresarial, según lo determina el artículo 3.1. de la Ley 1116 de 2006[7].

28. Sobre este punto, el Ministerio de Salud destaca que, a diferencia de lo que ocurre con los establecimientos farmacéuticos, los créditos de las IPS originados en la prestación de los servicios de salud, tienen una destinación específica por tratarse de recursos parafiscales administrados por una institución de seguridad social[8]. Lo anterior explica, que mientras la operación de las IPS está sujeta a un estricto régimen de procedimientos, exigencias, controles y verificaciones, lo propio no ocurre con los establecimientos farmacéuticos.

29. En cuarto lugar, y como consecuencia lo anterior, es claro que la falta de financiamiento de las IPS tiene un impacto definitivo en el funcionamiento del sistema de salud, y por ende en el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, mientras que lo propio no ocurre con los establecimientos farmacéuticos. En efecto, de acuerdo con los antecedentes legislativos y el objeto de la Ley 1797 de 2016, el legislador optó por priorizar el pago de las deudas con las IPS, teniendo en cuenta que el funcionamiento del sistema se encuentra afectado y alterado, no por las deudas que puedan tener las EPS y las IPS con los establecimientos farmacéuticos, sino principalmente, por la muy significativa cartera vencida de la IPS. Por ello, y el impacto que puede tener la situación financiera en la operación de las IPS en el sistema de salud, justifican la diferenciación normativa.

30. Además, la aplicación del artículo censurado por el actor ha ayudado a que las IPS se recuperen de la crisis financiera del sistema de salud colombiano, por ejemplo, del problema de endeudamiento que provocó a estas instituciones la liquidación de las EPS de

mayor envergadura en la historia del país: Caprecom y Saludcoop. Gracias a esta medida las IPS han podido cancelar salarios atrasados al personal médico, las deudas con los proveedores y operadores logísticos, y los demás créditos que se vieron obligados a adquirir para atender sus obligaciones como prestadores del servicio de salud. Por ello, y teniendo en cuenta que la crisis financiera de los actores del sistema de salud persiste, generando un alto nivel de endeudamiento a las EPS con las IPS[9], se evidencia la validez y necesidad de la medida acusada[10].

31. Finalmente, con independencia de la asimilación que pueda hacerse entre las IPS y los establecimientos farmacéuticos, la diferenciación normativa no se traduce en la afectación a los derechos fundamentales de estas últimas entidades. Primero, porque estos últimos pueden cobrar sus deudas a través de procesos ejecutivos y, segundo, debido a que el segundo nivel de prelación de créditos en el que se ubica a las IPS beneficia a los establecimientos farmacéuticos, pues en el caso de que la IPS resulte favorecida en un proceso de liquidación de una EPS, podría entrar a cancelar sus deudas con los acreedores, entre los cuales se encuentran los mismos establecimientos.

32. Solicitud de exequibilidad condicionada. Un interviniente[11], bajo la premisa que las IPS y los gestores farmacéuticos cumplen el mismo rol frente a los usuarios del sistema de salud, solicita a este Tribunal que declare la constitucionalidad condicionada del precepto acusado, para que incluya a estos últimos dentro del segundo nivel de prelación de créditos en los procesos de liquidación de las EPS.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

34. Manifestó que, en la sentencia mencionada, la Corte evaluó la constitucionalidad de la medida legislativa impugnada, a partir de los mismos parámetros que hoy en día se invocan para solicitar la declaratoria de inexequibilidad, esto es, la presunta violación del derecho a la igualdad.

35. Aunque el demandante argumentó que el análisis realizado en aquella providencia es sustancialmente distinto al que se propone en esta oportunidad, por la diferencia entre los sujetos cuya asimilación se reclama (ver supra, numeral 14), el Ministerio Público afirmó que los “los establecimientos farmacéuticos [a los que se refiere la presente demanda] integran el grupo de ‘proveedores de insumos médico-quirúrgicos,

medicamentos, nutracéuticos, oxígeno domiciliario y demás bienes y servicios [los cuales fueron estudiados en la Sentencia C-125 de 2018]”. Adicionalmente, advirtió que, a diferencia de los establecimientos farmacéuticos, las IPS son parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y están encargadas del suministro de los servicios de salud al usuario.

36. En suma, los escritos de intervención y las solicitudes presentadas a la Corte en relación con la presente demanda se resumen en lo siguiente:

Interviniente

Fundamento de la intervención

Solicitud

Procurador General de la Nación

Cuestión previa. Configuración de cosa juzgada respecto de lo dispuesto en la sentencia C-125 de 2018. Los establecimientos farmacéuticos, a los que se refiere el actor, son una categoría de las empresas proveedoras de insumos, bienes y servicios médico-quirúrgicos. Estos últimos sujetos ya fueron estudiados en la providencia mencionada, en el contexto de la misma disposición acusada y bajo un parámetro idéntico al que ahora se invoca para obtener la declaratoria de inexequibilidad.

Estar a lo resuelto

Ministerio de Salud y Protección Social

El legislador actuó dentro del margen de las competencias que le asisten al momento de expedir la disposición acusada y establecer un orden de prelación de créditos más favorable a las IPS, por ser estas las que tienen a cargo la directa prestación de los servicios de salud de los afiliados y no afiliados al SGSSS.

Exequible

Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Al no estar los establecimientos farmacéuticos en la misma situación objetiva y real en la que están las IPS y las EPS, ni el mismo cuadro obligacional, no procede la aplicación abstracta del principio de igualdad y, por ende, es constitucional la prelación de créditos de la norma acusada.

Exequible

Academia Colombiana de Jurisprudencia

La norma impugnada no genera un trato discriminatorio, pues los establecimientos farmacéuticos no son equiparables, para todos los efectos, a las IPS.

Exequible

Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas -ACHC

De acuerdo con los antecedentes legislativos y el objeto de la Ley 1797 de 2016, el legislador expidió la medida acusada como una solución a la crisis financiera del sistema de salud, en especial, de los servicios no pagados a las IPS, que le ha generado problemas con el flujo de los recursos necesarios para garantizar la prestación del servicio de salud. Además, los establecimientos farmacéuticos no están en la misma situación fáctica y jurídica de las IPS, por lo que se encuentra justificado un trato diferenciado.

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia -ANDI

Cuestión previa. La sentencia C-125 de 2018 consideró, y desestimó, todos los argumentos ahora expuestos por el actor.

Estar a lo resuelto

Cruz Verde, en su calidad de miembro del Comité de Gestores Farmacéuticos de FENALCO

(i) Cuestión previa. Al haberse producido un cambio sustantivo en el estatus jurídico de los gestores farmacéuticos, esto es, en la condición en función de la cual se estructuró la medida legislativa, la existencia de la sentencia C-125 de 2018 no obsta para que, a la luz del nuevo esquema de provisión de servicios en el sistema de salud, se evalúe la constitucionalidad del precepto impugnado.

(ii) Análisis de fondo. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 243 del Plan Nacional de Desarrollo, los gestores/establecimientos farmacéuticos son actores del sistema de salud, que suministran directamente medicamentos e insumos médicos a los pacientes, en los mismos términos que lo hace una IPS. Además, la Ley de Transparencia en Salud, que ya fue aprobada por el Congreso, pero no ha sido sancionada por el presidente, establece que dichos gestores se encuentran sometidos a las mismas cargas de los demás actores del sistema. Incluso, esta ley les hace extensivo el control de la Superintendencia Nacional de Salud.

Exequibilidad condicionada

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

37. En virtud de lo dispuesto por el artículo 241.4 de la Constitución Política, este tribunal es competente para conocer de la presente demanda, por dirigirse contra preceptos contenidos en una norma con fuerza y rango de ley: la Ley 1797 de 2016.

B. CUESTIONES PREVIAS

38. El Ministerio Público y la ANDI solicitaron a la Corte estar a lo resuelto en la sentencia C-125 del 21 de noviembre de 2018, por considerar que se configura el fenómeno

de la cosa juzgada constitucional.

39. En consecuencia, antes de entrar a emitir un pronunciamiento de fondo sobre los cargos de inconstitucionalidad planteados, la Sala deberá abordar el estudio del fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional, para posteriormente, revisar si en este caso se configura o no respecto de la disposición demandada en esta ocasión -literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016-.

La cosa juzgada constitucional. Reiteración de jurisprudencia

40. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido pacífica en señalar, que de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política[12], y en aplicación a los principios de buena fe y seguridad jurídica[13], las decisiones que adopta este tribunal en materia de control abstracto gozan del carácter de inmutables, vinculantes y definitivas[14].

Esto quiere decir que, cuando la constitucionalidad de una norma ha sido objeto de estudio y decisión de fondo por parte de este tribunal, surge una prohibición para volver a conocer y decidir sobre lo ya resuelto. Dicha prohibición, establecida para la protección de la seguridad jurídica, es lo que se conoce como la institución jurídico procesal de la cosa juzgada constitucional.

41. Además, la jurisprudencia constitucional ha clasificado la tipología de la cosa juzgada constitucional, dependiendo del objeto controlado y el alcance del pronunciamiento anterior, en formal o material, absoluta o relativa, y aparente. En este sentido, ha explicado que hay cosa juzgada formal cuando la nueva demanda recae sobre el mismo texto normativo, o uno formalmente igual; material cuando se demanda una disposición jurídica que, si bien es formalmente distinta, presenta identidad en el contenido; absoluta cuando la primera decisión hubiere agotado cualquier debate constitucional sobre la norma demandada; relativa cuando fuere posible emprender un nuevo examen de constitucionalidad de la disposición juzgada, bajo la perspectiva de nuevas acusaciones; y aparente cuando, a pesar de haber adoptado una decisión de exequibilidad en la parte resolutive de un pronunciamiento anterior, ésta no encuentra soporte en las consideraciones contenidas en la sentencia[15].

42. En general, los efectos de la cosa juzgada dependerán de la decisión que se haya adoptado en el pronunciamiento anterior. Así, si la decisión fue de inexequibilidad, la Corte

deberá rechazar la demanda por ausencia en el objeto de control, o estarse a lo resuelto en la decisión anterior, salvo que la razón de la inexecutable haya sido la ocurrencia de un vicio de carácter formal en el trámite de aprobación de la ley. En este último caso, la Corte puede pronunciarse sobre la executable de la norma solamente desde el punto de vista materia[16]. Si se declaró la executable, la Corte debe analizar cuál fue el alcance de la decisión previa, con la finalidad de establecer si el asunto que se plantea no ha sido resuelto, y por ende, debe emitirse un nuevo pronunciamiento de fondo, o si la problemática ya se decidió deberá estarse a lo resuelto en la decisión anterior[17] en los casos de executable condicionada, la interpretación excluida del ordenamiento jurídico no podrá ser objeto de reproducción o aplicación en otro acto jurídico; y en los supuestos en los que la Corte ha adoptado una sentencia aditiva, la cosa juzgada implica que no se encuentra permitido reproducir una disposición que omita el elemento que la Corte ha juzgado necesario adicionar[18].

43. Finalmente, la Corte ha admitido tres escenarios de excepción a la cosa juzgada constitucional, en presencia de los cuales es posible adelantar un nuevo examen de constitucionalidad: (i) la modificación en el parámetro de control constitucional, el cual se presenta cuando cambian las normas que constituyeron el referente para juzgar la constitucionalidad de la disposición nuevamente acusada; (ii) el cambio en el significado material de la Constitución o “constitución viviente”, que ocurre cuando la realidad social, económica, política o ideológica del país transforma los presupuestos que sirvieron de sustento para declarar la executable de la norma en su momento, lo que permite que se adelante un nuevo estudio a la luz de las nuevas realidades, entendiendo la Constitución como un texto vivo[19]; y (iii) la variación en el contexto normativo, que se presenta cuando la disposición previamente examinada se integra a un nuevo contexto normativo o el ordenamiento en que se inscribe ha sido objeto de modificaciones. Este punto, hace alusión a la interpretación sistemática de la norma acusada, en conjunto con todas las disposiciones que, en la actualidad, integran el ordenamiento jurídico al que pertenece[20].

Dicho esto, la Sala procederá a analizar el caso concreto.

Caso concreto. Existencia de la cosa juzgada constitucional

44. En el asunto bajo estudio, el demandante censura la constitucionalidad de lo dispuesto en el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016. En relación con la cosa

juzgada, en el escrito de subsanación de la demanda, el actor intentó desvirtuar la cosa juzgada constitucional bajo el argumento que, en ambos procesos, se alega la omisión legislativa relativa, pero el contenido normativo atacado difiere en uno y otro caso. Afirmó que mientras en la sentencia precitada se reclamó que en la disposición acusada debía estar incorporadas las entidades que proveen de bienes y servicios médicos de salud a las EPS y a las IPS, como pueden ser las empresas productoras, importadoras y distribuidoras de medicamentos, en cambio, en el presente caso, se solicita que se incorpore los establecimientos o gestores farmacéuticos que dispensan medicamentos de manera directa a los usuarios, como las farmacias y droguerías que entregan medicamentos prescritos por los médicos tratantes de las EPS, a los afiliados.

45. Tal y como lo pusieron de presente el Ministerio Público y algunos de los intervinientes, en la presente demanda se acusa la inconstitucionalidad de la misma disposición normativa que fue objeto de pronunciamiento en la sentencia C-125 de 2018 - literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016-.

46. Al respecto, constata la Sala Plena que, en el asunto bajo análisis, se configura la cosa juzgada constitucional frente a lo resuelto en la sentencia C-125 de 2018. Esto, con fundamento en las siguientes razones:

(i) Identidad de la norma objeto de control

47. Contrario a lo sostenido por el actor, se evidencia que, entre el presente proceso y el que concluyó con la sentencia C-125 de 2018, existe identidad en el objeto de control, en primer lugar, porque se ataca la validez de la misma disposición normativa -el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016-.

49. En este punto, el demandante argumentó que dichos proveedores de bienes y servicios médicos no están en la misma posición de los gestores farmacéuticos, los cuales, por el hecho de dispensar a los afiliados del sistema de salud los medicamentos prescritos por los médicos tratantes de las EPS o en su defecto de las IPS, asumen el rol de “prestadores directos del servicio de salud” y, por lo tanto, resultan comparables con las IPS.

50. Advierte la Sala que la anterior premisa parte de un entendimiento equivocado

de la regulación y del rol que desempeñan en el sistema de salud los gestores farmacéuticos, puesto que, con independencia de que distribuyan a los usuarios los medicamentos, estos establecimientos no prestan directamente el servicio de salud, sino que actúan como un proveedor de bienes y servicios médicos, por encargo de las IPS y de las EPS, sin tener a su cuidado y protección inmediatos la salud de los pacientes, como si ocurre con las IPS. Asimismo, el objeto del prestador directo no es típicamente comercial contrario a lo que se presenta con los gestores farmacéuticos, quienes como proveedores de bienes y servicios médicos buscan un intercambio lucrativo de bienes. Así lo dispone el Decreto 789 de 2016[21], el cual establece que estos establecimientos o gestores farmacéuticos se dedican a la “producción, almacenamiento, distribución, comercialización, dispensación, control o aseguramiento de la calidad de los medicamentos, dispositivos médicos o de las materias primas necesarias para su elaboración y demás productos autorizados” (Énfasis por fuera del original).

51. Por lo anterior, es posible concluir que los gestores farmacéuticos son una categoría de las empresas encargadas de proveer bienes y servicios en salud a los usuarios, actuando por encargo de las EPS o las IPS cuando no cuentan con el medicamento o insumo requerido por el paciente, porque independientemente de que entreguen insumos al paciente, actúan desde una perspectiva típicamente comercial en el mercado de los medicamentos, y su principal objetivo no es la protección y el cuidado inmediatos de la salud del paciente. Aunado a lo anterior, si existiese alguna demora en la entrega del medicamento, el paciente o usuario del sistema de salud debe hacer el reclamo, no ante la entidad, sino ante la EPS, o en su defecto ante la IPS, más no ante el gestor farmacéutico. Por lo tanto, de acuerdo con lo explicado por la Corte en la sentencia C-125 de 2018, no son asimilables a las IPS y se encuentran dentro de la categoría de proveedores de bienes y servicios médicos.

(ii) Identidad en el parámetro de control

52. En el asunto bajo estudio, el actor solicitó que se declare la inexequibilidad o, subsidiariamente, la exequibilidad condicionada de lo dispuesto en el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016. Aunque invocó como preceptos violados los artículos 11, 13, 48, 49 y 150 de la Constitución, sus argumentos están encaminados, principalmente, a demostrar que la norma acusada viola del derecho de igualdad (C.P., art. 13). En concreto,

alegó que la disposición demandada otorga un trato privilegiado a las instituciones prestadoras de salud, al incluirlas en el segundo nivel del orden de prelación de créditos, en detrimento de los establecimientos farmacéuticos, los cuales, en su concepto, pese a que se encuentran en la misma posición de las primeras por “prestar directamente el servicio de salud”, ven sus acreencias relegadas al último orden de prelación.

53. De lo anterior, evidencia la Corte que las razones sobre las que, en el caso concreto, se sustenta el cargo por violación del principio de igualdad (C.P., art. 13) son idénticas a aquellas que fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia C-125 de 2018. En efecto, en la demanda de constitucionalidad correspondiente a dicho proceso, el actor también solicitó la declaratoria de inexequibilidad del literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, al considerar que incurría en una omisión legislativa relativa que contrariaba el artículo 13 superior. Esto, en tanto, la disposición acusada ubica a las IPS en el segundo nivel de prelación de créditos, pero excluye de este beneficio a los proveedores de bienes y servicios de salud.

54. Teniendo en cuenta lo anterior, en la providencia referida se planteó como problema jurídico: “determinar si la norma que, en los procesos de liquidación de las instituciones prestadoras de servicios de salud y de las entidades promotoras de salud, establece una prelación de segundo nivel en los créditos, exclusivamente, a favor de las IPS, desconoce el derecho a la igualdad, por no contemplar a las empresas proveedoras de insumos, bienes y servicios médicoquirúrgicos, utilizados en la atención en salud.”

55. Al resolver el caso concreto, este tribunal “encontró que el cargo formulado no está llamado a prosperar, pues los sujetos confrontados por el demandante no son susceptibles de comparación. La Sala observó que, a la luz de la norma controvertida, la calidad de prestadores directos del servicio de salud de las IPS es el criterio, a partir del cual, una clase de personas podría ser lógicamente comparable con tales entidades. Los proveedores a los que se refiere el actor, en cambio, no tienen tal calidad ni desempeñan un rol semejante al de las IPS en el SGSSS. Por lo tanto, no se hallan jurídicamente en una posición análoga y no puede ser comparados con ellas. En consecuencia, la Corte determinó que el precepto demandado resulta compatible con el derecho a la igualdad y debe ser declarado exequible”[22].

56. Como consecuencia de lo anterior, la parte resolutive de la sentencia C-125 de 2018, dispuso lo siguiente:

“Declarar EXEQUIBLE, en relación con el cargo analizado en esta sentencia, el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, “[p]or la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

57. A partir de lo anterior, colige la Sala Plena que las razones sobre las cuales se estructuró el cargo por violación del artículo 13 superior en la presente demanda, son análogas a las que en su momento fueron estudiadas y dieron lugar a la declaratoria de exequibilidad por la Corte en la citada sentencia C-125 de 2018.

58. Ahora bien, el actor y un interviniente advirtieron que como con posterioridad a la expedición de la citada providencia se produjo un cambio en el marco normativo en el que se inscribe el precepto demandado, cambio que, a su turno, provoca una alteración en la comprensión de la disposición atacada. Señalaron que, en el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1955 de 2018, Art. 243) se determinó que los gestores farmacéuticos son actores del sistema de salud que tienen responsabilidades directas frente a los usuarios, y que se encuentran sujetos al mismo régimen general de las IPS como proveedores de servicios de salud, en tanto contribuyen a la materialización de este derecho fundamental.

59. Desestima la Corte que exista una variación significativa en el contexto normativo que torne procedente el estudio de fondo del escrutinio judicial. Si bien es cierto que el cambio del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1955 de 2018, Art. 243) conlleva a que los establecimientos farmacéuticos sean de forma expresa clasificados como actores del sistema de salud, ello no implica que, en términos generales, estos sean equiparables con los prestadores directos de atención en salud. De hecho, están expresamente diferenciados de las IPS (numeral 3 del art. 155 de la Ley 100, no modificado por la mencionada Ley 1955). Por lo tanto, señala la Corte que tales establecimientos siguen siendo distribuidores o dispensadores médicos en los términos señalados en la normatividad aplicable, por lo cual, quedan sujetos al cumplimiento de un régimen de habilitación y supervisión diferente a las IPS, así como a unas obligaciones de transparencia, medidas de calidad, seguridad y transparencia para proteger la salud pública. Lo anterior, no permite identificar que sean

equiparables a los prestadores directos del servicio de atención en salud.

60. Finalmente, el demandante considera que, en el evento de que exista cosa juzgada relativa respecto del cargo de igualdad, en todo caso, la Corte se podría pronunciar sobre los cargos de salud y vida, que no fueron planteados en la sentencia C-125 de 2018. Frente a esto, la Sala Plena considera que dicha solicitud resulta improcedente, en razón a que la demanda no aportó los elementos básicos para la configuración de la controversia constitucional. Ello, comoquiera que, (i) la presunta violación de los derechos a la salud y la vida de los afiliados del sistema parte de un argumento global, el cual no especifica las razones por las que la falta de priorización de las acreencias de los establecimientos farmacéuticos en los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS, deriva en una afectación de dichas garantías; y (ii) ni en la demanda ni en las intervenciones fueron suministrados con suficiencia la relación de la medida legislativa impugnada con el riesgo que genera a los derechos a la salud y a la vida de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De hecho, los cargos por la violación de los artículos 48 y 49 superiores se fundan sobre la tesis de la posición igualitaria en la que se encuentran los establecimientos farmacéuticos y las IPS, planteamiento que, por las razones expuestas en esta sentencia, carece de fundamento fáctico y jurídico, al estar probado que no son sujetos comparables.

61. Sobre la base de las anteriores razones, la Corte resolverá estarse a lo resuelto en la sentencia C-125 de 2018, por haberse constatado la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional formal, en tanto el reproche recae sobre el mismo contenido normativo y disposición jurídica, y relativa, por cuanto solo se predica respecto del cargo analizado en la providencia precitada.

C. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

62. En el asunto bajo estudio, el accionante solicitó declarar inexecutable lo dispuesto en el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, al vulnerar lo dispuesto en los artículos 11, 13, 48, 49 y 150 de la Carta Política.

63. Con base en las reglas definidas por la jurisprudencia constitucional, la Sala Plena constató que sobre el asunto sometido a su consideración operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional formal y relativa respecto de lo decidido en la sentencia C-125 de

2018. En concreto, quedó demostrado que, (i) la acusación formulada por el actor en el presente caso recae sobre el mismo contenido normativo de la disposición jurídica demandada en la sentencia mencionada (identidad en el objeto de control); y (ii) las razones sobre las cuales se estructuró el cargo de inconstitucionalidad en esta oportunidad, fueron estudiadas y dieron lugar a la declaratoria de exequibilidad por la Corte en la citada providencia (identidad en el parámetro de control).

64. Por lo anterior, corresponde a la Sala Plena de la Corte estarse a lo resuelto en la sentencia C-125 de 2018, mediante la cual se decidió declarar exequible la disposición normativa acusada por el cargo analizado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-125 de 2018, mediante la cual se

decidió “Declarar EXEQUIBLE, en relación con el cargo analizado en esta sentencia, el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, “[p]or la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones””.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

Con salvamento de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

Con impedimento aceptado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO CONJUNTO DE LOS MAGISTRADOS

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Y

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

A LA SENTENCIA C-601/19

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por cargos distintos (Salvamento de voto)

INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD-No son comparables con empresas proveedoras de insumos, bienes y servicios (Salvamento de voto)

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Procedencia (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-13118.

Demandante: Isaac Alfonso Devis Granados.

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, “por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Sustanciador:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presentamos a continuación las razones que nos conducen a salvar nuestro voto en la decisión adoptada por la Sala Plena en sesión del 11 de diciembre de 2019, que por votación mayoritaria profirió la Sentencia C-601 de 2019.

1. La controversia constitucional se planteó en esta oportunidad sobre la norma que confiere el segundo nivel en el orden de prelación de créditos a las IPS en los procesos de liquidación de las EPS e IPS[23], y cuestionó el actor el hecho de que el legislador no hubiera extendido el beneficio legal a los establecimientos farmacéuticos. Lo anterior, en la medida en que según el actor los establecimientos farmacéuticos comparten con las IPS el estatus en función del cual se otorgó el beneficio legal (que, según la Sentencia C-125 de 2018[24], consistiría en tener la calidad de prestador directo de los servicios de salud).

La providencia de la que nos apartamos concluyó que en el presente caso se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional frente al literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, en razón a que la Sentencia C-125 de 2018 analizó los mismos cargos formulados en este caso y declaró la exequibilidad del mismo precepto impugnado. Por lo anterior, concluyó la mayoría de la Sala que a la Corte no le era dado emitir un nuevo pronunciamiento sobre dicha disposición y se estaría a lo resuelto en la mencionada sentencia.

La línea argumentativa que sustentó la sentencia de la referencia, gravitó en torno a la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con lo resuelto en la Sentencia C-125 de 2018. Específicamente con fundamento en que: (i) existe identidad en el objeto de control en vista de que se ataca la validez de la misma disposición normativa y de que “los gestores farmacéuticos no son asimilables a las IPS y se encuentran dentro de la categoría de proveedores de bienes y servicios médicos”[25] y, (ii) existe identidad en el parámetro de control porque si bien el actor invocó otros preceptos “sus argumentos están encaminados, principalmente a demostrar que la norma acusada viola el derecho a la igualdad”[26].

2. En este salvamento de voto explicamos que nos apartamos de la sentencia proferida por la Sala Plena, especialmente en relación con: (I) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada, ya que en nuestro criterio, pese a que la Sentencia C-125 de 2018 y la presente demanda de inconstitucionalidad recaen sobre el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, los contenidos normativos atacados difieren en uno y otro caso. Lo anterior, en la medida en que en ambos casos se alega la existencia de una omisión legislativa relativa, pero el contenido normativo que según los accionantes debía ser incorporado en la disposición legal impugnada, es diferente y; (II) el análisis de fondo del presente asunto habría llevado a la Corte a declarar la exequibilidad condicionada del literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016. Así, fundan nuestro disenso las siguientes razones:

I. No se configuró en el presente caso el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con lo resuelto en la Sentencia C-125 de 2018.

3. Quienes suscribimos este salvamento consideramos que en el presente caso no se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. En efecto, el contenido omitido y

analizado en la Sentencia C-215 de 2018 se refirió a “las entidades públicas y privadas que también proveen a las EPS insumos médico-quirúrgicos, medicamentos, nutracéuticos, tecnologías, oxígeno domiciliario y demás bienes y servicios necesarios para garantizar la prestación de servicios, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Lo que esta Corte analizó en la mencionada sentencia fue si el beneficio establecido en el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 debía extenderse a los proveedores de bienes y servicios de salud de las EPS y de las IPS y si, por esta razón, estos debían encontrarse en el segundo nivel en el orden de prelación de créditos en los procesos de liquidación de las EPS.

4. En el presente proceso, el demandante aducía que la omisión recae sobre los denominados “gestores farmacéuticos” respecto de las acreencias originadas en la dispensación de medicamentos y otros bienes insumos de los afiliados, por encargo de las EPS y de las IPS y no que la priorización de acreencias prevista en el literal acusado se hiciera extensiva a los proveedores de bienes y servicios en salud mencionados, sino a los gestores farmacéuticos cuando actúan en calidad de dispensadores directos de medicamentos y de bienes e insumos de los usuarios del sistema de salud.

Se trataba entonces, de dos ejercicios de confrontación sustancialmente distintos, puesto que en el primer caso el análisis versó sobre las provisiones de bienes y servicios en salud a las EPS e IPS y en el segundo, sobre la provisión de tecnologías a los usuarios del sistema efectuadas por los gestores farmacéuticos.

Así, a diferencia de lo concluido por la mayoría de la Sala, existía una diferencia en el objeto del pronunciamiento judicial, porque aunque se demandó en los dos casos el literal b del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, lo cierto es que los contenidos normativos controvertidos son distintos en uno y en otro caso:

a. En la sentencia C-125 de 2018 el análisis recayó sobre la exclusión de los proveedores de bienes e insumos médicos (por ejemplo los laboratorios farmacéuticos o las empresas que venden aparatos quirúrgicos a las IPS). Adicionalmente, el escrutinio judicial se estructuró en función del principio de igualdad.

b. En esta ocasión el cuestionamiento versaba sobre la exclusión de los establecimientos farmacéuticos (que son prestadores directos de tecnologías de los usuarios del sistema de

salud cuando asumen la función de dispensar medicamentos e insumos médicos a los afiliados por encargo de las EPS e IPS y que no tienen la condición de ser proveedores de EPS e IPS). En este caso el escrutinio se debió estructurar en función del principio de igualdad, pero también a la luz de los derechos a la vida y la salud.

5. En nuestro criterio, no es constitucionalmente admisible que la Sala ignore la diferencia, pues tal y como se explicó en la Sentencia C-125 de 2018, la condición, en función de la cual se confirió el derecho preferente previsto en la norma demandada, es la provisión directa de tecnologías en salud a los afiliados al sistema, en tanto con ello se materializa la faceta prestacional del derecho a la salud, y, precisamente, esta es la condición en función de la cual se alega la equiparación y la asimilación entre las IPS y los gestores farmacéuticos. Es muy claro para nosotros que los contenidos normativos sobre los cuales recae el debate jurídico son distintos, y que se trata de una diferencia constitucionalmente relevante.

6. Por otro lado, aunque desde la perspectiva de los referentes del escrutinio judicial podría argumentarse que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada absoluta porque en la Sentencia C-125 de 2018 se evaluó la validez del artículo 12 de la Ley 1707 de 2016 únicamente a la luz del principio de igualdad, y no a la luz de los otros derechos que en este proceso también se propusieron como

referentes del juicio de constitucionalidad, esto es, de los derechos a la vida y a

la salud, en nuestro concepto estos dos últimos cargos no podían examinarse porque el accionante no suministró los elementos básicos para la configuración de la controversia constitucional en esos términos.

En efecto, el accionante alegó una afectación global y abstracta de los derechos a la vida y a la salud de los afiliados al sistema, sobre la base de que, al dejar desprotegidos financieramente a los establecimientos farmacéuticos, se generan tales disfuncionalidades en el suministro de medicamentos y de las demás tecnologías, que se termina por arriesgar los derechos a la vida y a la salud de los ciudadanos. Sin embargo, en la demanda no se indicaron las razones por las que la falta de priorización de las acreencias de los gestores farmacéuticos en los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS, se traduciría en una afectación de los citados derechos fundamentales[27].

7. De manera que, al no coincidir los elementos estructurales de la controversia constitucional abordada en la Sentencia C-125 de 2018 y los correspondientes al debate propuesto en el presente proceso judicial, no se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada y, en consecuencia, la existencia de dicho fallo judicial no era óbice para que este tribunal se pronunciara sobre los cargos planteados por el accionante.

8. Sin embargo, como quiera que la Sala no contaba con los elementos de juicio para determinar si la falta de priorización de las acreencias de los gestores farmacéuticos en los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS ponía en riesgo el suministro oportuno y adecuado de medicamentos y a los bienes e insumos médicos, el escrutinio judicial debía enfocarse exclusivamente en el análisis del cargo por afectación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

Por estas razones consideramos que procedía en esta oportunidad el examen de fondo de la omisión relativa alegada por la afectación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

II. La Corte debió extender el beneficio legal a todos los prestadores directos del servicio de salud, independientemente de su forma organizativa, a través de una declaratoria de exequibilidad condicionada.

9. Ahora bien, dada la viabilidad del análisis judicial propuesto por el accionante, estimamos que esta Corte debió extender el beneficio legal a todos los prestadores directos del servicio de salud, con independencia de su forma organizativa.

Lo anterior al considerar que el aparte normativo demandado, por un lado, otorga el beneficio legal a todas las IPS, las cuales no sólo incluyen a las clínicas y hospitales de tercer nivel, sino a todos los prestadores que asumen esta forma organizativa para suministrar todo tipo de tecnologías en salud (por ejemplo ópticas, laboratorios clínicos, centros odontológicos, centros de educación especial para niños en situación de discapacidad, unidades de fototerapia, centros de recreación, deporte y salud, entre muchas otras); y, sin embargo, por otro lado, no hace extensivo el beneficio a otros prestadores directos del servicio de salud (como los profesionales independientes en todas las especialidades o como los establecimientos farmacéuticos, que brindan directamente a los usuarios del sistema de salud dos tecnologías específicas: los medicamentos y los

insumos médicos) por la sola circunstancia de que no adoptaron la forma organizativa de una IPS.

10. Así, la ponencia original sustanciada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero y que no fue aceptada por la mayoría de la Sala, proponía extender el beneficio legal a todos los prestadores directos del servicio de salud, independientemente de su forma organizativa. Esta tesis partía de considerar, en primer lugar, que el criterio en función del cual se justifica el otorgamiento del beneficio legal es la condición de prestador directo del servicio de salud y, en segundo lugar, que dicho estatus no es privativo de las IPS, sino también de los profesionales independientes en todas las especialidades, y de los establecimientos farmacéuticos.

Lo anterior en el entendido de que, dada la amplitud y diversidad de tecnologías, que incluyen, por ejemplo, tratamientos médicos, medicamentos, citas médicas, procedimientos quirúrgicos, procedimientos y exámenes diagnósticos, prótesis, órtesis e insumos médicos, el espectro de prestadores de servicios de salud es extenso[28].

11. Pese a la diversidad de prestadores, para efectos de su vinculación y su reconocimiento en el sistema público de salud, institucionalmente la mayor parte de ellos se han organizado bajo la forma de IPS, esto es, de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, ya que según el artículo 185 de la Ley 100 de 1993, estas son las instancias llamadas a brindar la atención a los afiliados y beneficiarios, pero sin perjuicio de que otros actores puedan cumplir este mismo rol bajo otra modalidad organizativa. De este modo, las IPS comprenden un espectro muy amplio de instituciones llamadas a brindar los servicios en salud.

Así, pese a que una buena parte de los prestadores de servicios de salud se encuentran organizados bajo la forma de IPS, según lo determina la Ley 100 de 1993, institucionalmente existen otras modalidades organizativas que también se encuentran vinculados al sistema de salud, y que son reconocidos como tales en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (REPS).

12. En este escenario, los gestores farmacéuticos interactúan e intervienen de diferentes maneras con el sistema público de salud. Se trata, en general, de distribuidores de medicamentos y de bienes e insumos médicos a gran escala y, por las especificidades de este sector, su operación reviste un alto nivel de complejidad, incluyendo el

establecimiento de enlaces comerciales con laboratorios e importadores de medicamentos que se estima en al menos 15.000 referencias, la compra técnica con las medidas respectivas para evitar que estos sean falsificados o de contrabando, el almacenamiento según las denominadas “buenas prácticas de almacenamiento” (BPA), el transporte al punto de dispensación, y la venta y entrega de los mismos, según se trate de ventas institucionales y/o de ventas al por menor.

13. Dicha comercialización de medicamentos, por su parte, ocurre por distintas vías, algunas de las cuales involucran el sistema público de salud. En primer lugar, por fuera del sistema de salud, los gestores comercializan medicamentos a través de los denominados “gastos de bolsillo” realizados por los particulares, mediante su cadena de farmacias y droguerías. Sin embargo, la inversión en medicamentos a través de “gastos de bolsillo” son comparativa y tendencialmente bajos, ya que, primero, el peso relativo de estas ventas frente al total de compras de tecnologías en salud se ha reducido progresivamente a lo largo del tiempo, y, segundo, los “gastos de bolsillo” que se efectúan en Colombia por fuera del sistema de salud son uno de los más bajos de la región, que se calcularon en un 17.5% para el año 2018, mientras que el promedio en América Latina corresponde al 40%[30].

14. Adicionalmente, los gestores farmacéuticos también intervienen en el sistema público de salud. Por un lado, pueden ser proveedores de las EPS y de las IPS, cuando estas optan por asumir directamente el suministro de medicamentos a los afiliados. Según determinó este tribunal en la Sentencia C-125 de 2018, la decisión del legislador de no extender el segundo nivel en el orden de prelación de créditos en los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS a estos proveedores de tecnologías en salud, no contraviene la Carta Política, pues la priorización aludida se estableció en función de la relación de conexidad directa de estos créditos con la satisfacción de la faceta prestacional del derecho a la salud, conexidad que no estaría dada en los eventos analizados. De allí que sea claro que a la luz de la Ley 1797 de 2016, los créditos de los gestores farmacéuticos originados en las ventas institucionales a las IPS y a las EPS, no gozan del beneficio de la priorización de créditos.

Sin embargo, los gestores farmacéuticos también pueden dispensar directamente a los afiliados del sistema público de salud los medicamentos prescritos por los médicos tratantes de la EPS. En este caso, los gestores asumen, desde una perspectiva material, el rol de prestadores de servicios de salud, aunque la tecnología brindada se circunscribe a los

medicamentos y a otros bienes e insumos médicos. Todo lo anterior, aunque desde el punto de vista institucional, estos no se organizan bajo la forma de IPS.

De hecho, por razones operativas las IPS y las EPS suelen entregar los servicios farmacéuticos a estos gestores, quienes muchas veces, por ser actores especializados y por operar bajo economías de gran escala, pueden brindar un mejor servicio a los afiliados, a menor costo. De hecho, según los artículos 2.5.3.10.3 y 2.5.3.10.5 del Decreto 780 de 2016, el servicio farmacéutico en el sistema de salud debe ser brindado, o bien por los establecimientos farmacéuticos, o bien a través de las IPS encargadas de distribuir intrahospitalariamente los medicamentos y los bienes e insumos médicos a los pacientes hospitalizados, y eventualmente de dispensarlos a los pacientes ambulatorios[31].

De este modo, los establecimientos farmacéuticos pueden asumir el rol de prestadores de servicios de salud del SGSSS respecto de las actividades de dispensación ambulatoria a los afiliados por encargo de las EPS y de las IPS, normalmente bajo la modalidad de farmacias y farmacias-droguerías.

15. Ahora bien, teniendo en cuenta que, de hecho, los gestores farmacéuticos asumen el rol de prestadores de servicios de salud por suministrar tecnologías en salud a los usuarios del sistema (medicamentos, insumos y bienes médicos), pero que normativamente no fueron reconocidos como tales por no haberse organizado institucionalmente como IPS, con el tiempo se hizo evidente la necesidad de reconocer su condición de actor dentro del sistema público de salud, y de someterlos al mismo régimen de control de las IPS.

Es así como, el artículo 243 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo) dispuso la modificación de la Ley 100 de 1993 para reconocer su condición de actores del sistema de salud, y en la Ley 1966 de 2019, “Por medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia en el sistema de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones”, se determinó que los gestores farmacéuticos estarían sometidos al Sistema Integrado de Control, Inspección y Vigilancia para el Sector Salud, y en particular, al control de la Superintendencia Financiera, de Sociedades, de Industria y Comercio y de Salud. Lo anterior, en el entendido de que estos gestores son parte integral del sistema, en tanto se encargan de la provisión de tecnologías en salud a los usuarios, aunque institucionalmente no asuman la forma de IPS, de modo que su falta de reconocimiento como tales puede

afectar la funcionalidad del sistema[32].

16. Pese a lo anterior, la mayoría de la Sala Plena decidió no tener en cuenta el marco normativo que regula a los gestores farmacéuticos y por lo tanto omitió examinar los cargos en contra del literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016. En nuestro criterio, esta Corte debió resolver si el legislador desconoció el derecho a la igualdad ante la ley, por no haber hecho extensivo a los gestores farmacéuticos el beneficio otorgado a las IPS, de asignarles el segundo nivel en el orden de prelación de créditos en los procesos de liquidación de EPS y de las IPS, respecto de las acreencias originadas en la dispensación de medicamentos y otros bienes e insumos médicos a los afiliados del sistema de salud, por encargo de las EPS y de las IPS.

17. En ese sentido, estimamos que la diferenciación normativa subyacente al literal b) del artículo 12 de la Ley 1707 de 2016 vulnera el principio de igualdad ante la ley, en atención a las siguientes razones: (i) primero, en principio y como regla general, las acreencias de todas las personas se encuentran en un plano de igualdad ante el deudor, de modo que la priorización de algunas de ellas debe estar soportado en el principio de razón suficiente; (ii) segundo, las condiciones fácticas en razón de las cuales se otorgó el beneficio legal a las IPS, son compartidas por los gestores farmacéuticos; (iii) tercero, el servicio farmacéutico en el sistema público de salud tiene algunas especificidades que refuerzan la necesidad de adoptar medidas especiales de protección financiera, como la prevista en la norma impugnada; (iv) cuarto, las diferencias que se alegan entre las IPS y los gestores farmacéuticos, o no tienen la dimensión que se les atribuye, o carecen de trascendencia o relevancia constitucional, por no guardar relación de conexidad con la medida diferenciadora y, finalmente (v) aunque probablemente el otorgamiento del beneficio legal pudo tener como objetivo la protección de los hospitales y clínicas como actores esenciales del sistema de salud que ameritan y requieren medidas especiales de protección, la categoría “IPS” resulta sobre inclusiva frente a este propósito porque comprende un repertorio más amplio de prestadores de servicios de salud, y, en cualquier caso, el servicio farmacéutico brindado por los gestores farmacéuticos, aunque se encuentra atomizado y es menos visible, constituye un componente relevante de la faceta prestacional del derecho a la salud y del sistema público de salud.

Con respecto a la segunda de estas razones, debemos recalcar que esta Corte determinó en

la Sentencia C-125 de 2018 que el criterio en función del cual se justificaba el beneficio legal es la condición de prestador directo del servicio de salud. Lo anterior siguiendo su jurisprudencia[33], según la cual el legislador se encontraba habilitado para establecer una ordenación especial de las acreencias en los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS, ateniendo a la necesidad de garantizar el derecho a la salud y la funcionalidad y operatividad del sistema público de salud en un escenario de crisis en el flujo de recursos, y que, en este contexto, la priorización de las acreencias de las IPS era, al menos en principio, constitucionalmente admisible.

18. De este modo, este Tribunal estableció en esa decisión que resulta constitucionalmente admisible que el legislador establezca una ordenación especial de las acreencias en los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS y que, en ese marco, priorice las provenientes de las IPS como prestadores directos del servicio de salud a los afiliados, sobre la base de que existe un principio de razón suficiente que justifica la adopción de un esquema especial y diferenciado, así como la priorización de las provenientes de los prestadores directos de los servicios de salud a los usuarios.

19. Las razones expuestas demuestran con claridad que las condiciones en función de las cuales se estructuró el beneficio legal debatido en este proceso son compartidas no sólo por las IPS, sino también por los gestores farmacéuticos, de suerte que, al menos en principio, la diferenciación legal carecía de soporte o justificación. En efecto, la introducción de una ordenación especial de créditos en el escenario de los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS, distinto del previsto de manera general en la legislación civil, se justifica por la necesidad de garantizar la funcionalidad y la operatividad del sistema público de salud en escenarios de crisis financiera generados por parálisis en el flujo de recursos.

Este criterio, además, coincide con el que el legislador adoptó durante la mayor parte del proceso de aprobación de la Ley 1797 de 2016, proceso en el que se reiteró la necesidad de proteger a los prestadores del servicio de salud, independientemente de su forma organizativa; si bien la fórmula legislativa finalmente se modificó, tal variación se introdujo en función de la necesidad de dar mayor precisión al texto legal, circunstancia esta que sugiere que el legislador asumió de manera inadvertida, y no de manera consciente y deliberada, que existía una equivalencia entre los prestadores de servicios de salud y las IPS.

20. De esta manera, tanto el objeto y el contenido general de la Ley 1797 de 2016, como los antecedentes de la norma impugnada en particular, demuestran claramente que el instrumento contenido en el artículo 12 fue concebido por el

legislador como una medida de salvamento en favor de los prestadores del servicio de salud en tanto se trata de actores esenciales del sistema encargados de satisfacer la faceta prestacional de dicho derecho, y, en la medida en que se han visto aquejados por las disfuncionalidades en el flujo de recursos, que ponen en riesgo su liquidez y su solvencia y, por tanto, su adecuada operación y la atención de los afiliados y el suministro de las tecnologías a estos últimos.

21. Pero no sólo los gestores comparten las condiciones que justifican la priorización de las acreencias de las IPS en los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS, sino que, además, por las especificidades del servicio farmacéutico, las medidas especiales de salvamento financiero resultan especialmente importantes. Independientemente de los cuestionamientos que se puedan plantear por la sobre medicalización en el actual contexto cultural, político y económico o por las disfuncionalidades de este sector en el mercado farmacéutico, lo cierto es que los medicamentos constituyen una tecnología fundamental de la faceta prestacional del derecho a la salud y del sistema público de salud, que incluso en ocasiones puede ubicarse en el núcleo esencial del derecho fundamental a la salud.

En este contexto, y en consideración a que los establecimientos farmacéuticos no solo comparten con las IPS el estatus de proveedor directo del servicio de salud, sino que, además, por las especificidades del servicio y del mercado farmacéutico constituyen un elemento estructural del sistema de salud, la limitación del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 tiene la potencialidad de amenazar el funcionamiento del sistema de salud, y con este los derechos a la vida y a la salud: la provisión de medicamentos constituye una tecnología fundamental dentro del derecho a la salud, hasta el punto en que la mayor parte de los problemas asociados a la crisis financiera y al flujo de recursos dentro del sistema se han originado en la provisión de dicha tecnología, y por la complejidad subyacente al servicio farmacéutico, la oferta de medicamentos requiere economías de escala altamente especializadas, lo que favorece una oferta restringida de establecimientos que, de sucumbir económicamente, provocarían traumatismos graves en el funcionamiento del sistema de salud.

22. Ahora bien, aunque el accionante solicitó la intervención judicial para examinar la diferenciación que el legislador habría introducido entre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) y los gestores farmacéuticos cuando actúan como dispensadores de medicamentos e insumos médicos de los afiliados del sistema de salud por encargo de las EPS y de las IPS, nuestra posición, derrotada en la Sala Plena, concluyó, primero, que la diferenciación entre las IPS y los demás prestadores directos de los servicios de salud era insostenible, en la medida en que, precisamente, el beneficio legal se otorgó en función de esta última calidad, y, segundo, que la exclusión de los gestores farmacéuticos del beneficio legal resultaba incompatible con el principio de igualdad ante la ley, en tanto estos tenían, al igual que las IPS, el estatus de prestadores directos de los servicios de salud.

Lo anterior quiere decir que consideramos que, aunque en la demanda de inconstitucionalidad se circunscribió la controversia jurídica a los gestores farmacéuticos que actúan como dispensadores de medicamentos e insumos médicos a los usuarios por encargo de las EPS y de las IPS, el análisis de la norma demandada a la luz del principio de igualdad ante la ley debía conducir a este Tribunal a la conclusión de que la diferenciación legal entre las IPS y los demás prestadores de servicios de salud resultaba incompatible con la Carta Política.

En virtud de lo anterior, propusimos sin éxito a la Sala que declarara la constitucionalidad condicionada del precepto legal, en el entendido de que la priorización de deudas prevista en el literal b) del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 debe hacerse extensiva a los prestadores de servicios salud en el Sistema General de Seguridad Social, como pueden ser, por ejemplo, los gestores farmacéuticos respecto de las operaciones jurídicas en las que se actúe en esta condición, y los profesionales independientes y los servicios de transporte especial, según consta en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (REPS).

De esta manera, dejamos expresas nuestras razones para salvar el voto en la Sentencia C-601 de 2019.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

[1] Los antecedentes que se exponen a continuación corresponden a la ponencia presentada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[2] Las entidades y organizaciones que fueron invitadas a participar son: (i) la Asociación Colombiana de Droguerías (ASOCOLDRO); (ii) la Asociación de Industrias Farmacéuticas (ASINFAR); (iii) la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo (AFINDRO); (iii) la Cámara de Industria Farmacéutica de la Asociación Nacional de Industriales (ANDI); (iv) la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos (ACESI); la Asociación Colombiana de Clínicas y Hospitales (ACHC); (v) la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI); (vi) el Observatorio Nacional de Salud; (vii) el Instituto de Salud Pública de la Universidad Javeriana y la Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo de la Universidad de los Andes; (viii) la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal; (ix) las facultades de Derecho de las universidades Externado de Colombia, Sabana, del Rosario, Libre, de Antioquia y de Ibagué.

[3] El demandante afirma con relación al rol que desempeñan farmacias y droguerías en el sistema de salud: “son una extensión del acto médico en la medida en que garantizan a cada personal el acceso efectivo al tratamiento prescrito y, por ende, la actividad de las farmacias- droguerías y droguerías contribuye en forma inmediata y directa con el cumplimiento de la obligación estatal de asegurar el servicio y garantizar el derecho a la salud”.

[4] A través de concepto suscrito por Alberto Echavarría Saldarriaga en calidad de Vicepresidente de Asuntos Jurídicos de la ANDI.

[5] A través de concepto suscrito por Claudia María Sterling Posada, en su calidad de representante legal de Cruz Verde, como miembro del Comité de Gestores Farmacéuticos de FENALCO.

[6] Academia Colombiana de Jurisprudencia, a través de concepto suscrito por Gustavo José Gnecco Mendoza; Ministerio de Salud, Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas (ACHC), mediante concepto suscrito por Juan Carlos Giraldo Valencia, en su calidad de representante legal de la asociación; Instituto Colombiano de Derecho Procesal, mediante concepto suscrito por Marcel Silva Romero.

[7] Sobre el particular, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario manifiesta: “Los establecimientos se rigen por las normas comunes comerciales o civiles, tienen como objetivo la producción de ganancias, su mercado es muy diverso a las o la venta de productos a las IPS y EPS y pueden asegurarse contra los riesgos en su gestión y sus insumos son comerciales, mientras que las entidades del sistema de seguridad social en salud deben sumirse y están atadas a los derechos fundamentales a la salud de toda la población, se encuentran reguladas bajo controles especiales por parte de las autoridades y no pueden suspender unilateralmente sus labores”.

[8] Según habría aclarado la Corte Constitucional, en las sentencias C-313 de 2014, C-577 de 1997, C-086 de 2002, C-789 de 2002, C-308 de 1994, C-1195 de 2004 y C-262 de 2013, en virtud del artículo 48 de la Carta Política, los recursos que reciben los actores del sistema de seguridad social en salud deben ser afectados exclusivamente a la consecución de estos objetivos vinculados a la satisfacción de la faceta prestacional del derecho a la salud, tienen una naturaleza parafiscal, y gozan de una protección estatal reforzada. Incluso, en el escenario específico de los procesos liquidatorios en los que se encuentran recursos de las instituciones de salud, este tribunal ha determinado que, al tratarse de recursos parafiscales, deben tener un tratamiento especial y preferencial.

[9] Ver informe de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, de diciembre de 2018.

[10] En este punto, agregó la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas que debe considerarse la diferencia de la respuesta frente al incumplimiento de terceros. Mientras los establecimientos farmacéuticos pueden suspender el suministro o entrega de los productos, las IPS no pueden dejar de atender a sus pacientes, incluso si las EPS a las que pertenecen estos últimos persisten en el incumplimiento.

[11] A través de concepto suscrito por Claudia María Sterling Posada, en su calidad de

representante legal de Cruz Verde, miembro del Comité de Gestores Farmacéuticos de FENALCO.

[12] Constitución Política de Colombia, artículo 243: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

[13] Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2016.

[14] Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-774 de 2001, C-468 de 2011 y C-007 de 2016.

[15] Corte Constitucional, sentencias C-744 de 2015, C-007 de 2016 y C-540 de 2019.

[16] En este sentido, cuando se analiza una norma que ha sido objeto de análisis por parte de la Corte, con base en un cargo por vicio de forma/procedimiento, se genera una cosa juzgada aparente respecto del contenido material de la disposición. Así, es viable un pronunciamiento de este tribunal sobre su compatibilidad material con la Constitución, sobre todo: (i) para garantizar con ello la supremacía constitucional, dispuesta en el Art. 4 de la Carta; (ii) y porque la razón de la inexecutable anterior se basó exclusivamente en asuntos de forma y no en una contrastación material de la norma demandada con la Constitución.

[17] Corte Constitucional, sentencia C-200 de 2019.

[18] Corte Constitucional, sentencia C-474 de 2016.

[19] Al respecto, en la sentencia C-283 de 2011, la Corte estudió nuevamente la validez de algunas disposiciones del Código Civil sobre porción conyugal que habían sido declaradas exequibles en la sentencia C-174 de 1996. Lo anterior, debido a que desde el año 1996, la jurisprudencia constitucional y la civil extendieron derechos a los compañeros y compañeras permanentes. Asimismo, en la sentencia C-029 de 2009, el tribunal decidió evaluar de fondo los apartes de los artículos 14 y 15 de la Ley Estatutaria 971 de 2005, por cuanto, las disposiciones permitían un trato diferenciado entre parejas homosexuales y

heterosexuales, y debido al cambio jurisprudencial en el referente constitucional relacionado con el tratamiento de parejas homosexuales, se hacía necesario pronunciarse sobre las normas ante las nuevas realidades. En el mismo sentido, en la sentencia C-075 de 2007, la Corte analizó de nuevo los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, considerando que el contexto normativo sobre el que se propone el ejercicio del control de constitucionalidad era formal y materialmente distinto de aquel que fue objeto de consideración por la Corte en el año 1996

[20] Corte Constitucional, sentencia C-200 de 2019.

[21] En efecto, el Decreto 780 de 2016, “Por el cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Salud y Protección Social”. El artículo 2.5.3.10.5 de este decreto define que el servicio farmacéutico podrá ser prestado de manera dependiente (servicio asistencial a cargo de la IPS que debe cumplir con los estándares del Sistema Único de Habilitación del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud. Administración de medicamentos para pacientes hospitalizados, como ambulatorios), o independiente (a través de establecimientos farmacéuticos). De acuerdo, el artículo 2.5.3.10.11. del Decreto 780, estos pueden ser mayoristas como laboratorios farmacéuticos o minoristas como farmacias.

[22] Dicha disposición normativa deja a los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios, tal como fueron reconocidos en la sentencia C-125 de 2018 como una deuda quirografaria. Es importante recordar que en dicha sentencia, la Corte señaló que la prelación de créditos es una institución civil de carácter sustancial. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido dicha institución, como la definición por parte del legislador, dentro su amplia potestad de configuración, del orden en el cual han de ser pagadas las obligaciones dinerarias del deudor a cada uno de sus acreedores, cuando estos reclaman el respectivo pago de un mismo proceso.

[23] Artículo 12 de la Ley 1797 de 2016.

[24] M.P. Diana Fajardo Rivera.

[25] Sentencia C-601 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[26] *Ibíd.*

[27] En tal sentido, el accionante ha debido aportar información empírica, evidencias o razones que permitieran establecer el vínculo entre la medida legislativa y la vulneración iusfundamental, es decir, entre la calificación de las deudas de los gestores farmacéuticos como deudas quirografarias en los procesos de liquidación de las EPS y de las IPS, y la imposibilidad de garantizar el suministro oportuno y adecuado de medicamentos y de bienes e insumos médicos a los usuarios del sistema de salud. No se indicó, por ejemplo, si la mayor parte de la cartera de los gestores es atribuible a las EPS y a las IPS, o si, como estas entidades han sugerido ante la opinión pública, la mayor parte corresponde a las deudas en cabeza de ADRES por concepto del suministro de medicamentos que no se encuentran en el Plan de Beneficios. Tampoco se indicó si la cartera con las EPS y las IPS corresponde en su mayor parte o en una parte significativa a entidades que se encuentran en procesos de liquidación, ni la forma en que el orden de prelación de créditos establecido en la norma impugnada pone en riesgo la solvencia o la liquidez de los gestores, hasta el punto de poner en peligro la dispensación de medicamentos en el país.

[28] Al respecto, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) emplea el Sistema de Cuentas de Salud (SCS) como marco conceptual para la estandarización de los servicios de salud, distinguiendo, según el tipo de prestación brindada, entre hospitales (generales y de especialidades, de primer, segundo y tercer nivel de complejidad, y públicos y privados), prestadores de salud ambulatoria (consultorios médicos, consultorios odontológicos, consultorios de otros profesionales como enfermería, fonoaudiología, nutrición, fisioterapia o terapia respiratoria, centros de atención ambulatoria, centros de cirugía ambulatoria, centros de diálisis, prestadores de salud en casa como enfermería domiciliaria o atención médica domiciliaria), prestadores de cuidado residencial de cuidado de largo plazo, prestadores de servicios auxiliares (de transporte de pacientes y rescate, laboratorios médicos y de diagnóstico), minoristas y prestadores de bienes médicos (farmacias y vendedores de bienes y aparatos médicos como audífonos, lentes ópticos y prótesis) y promotores de promoción y prevención.

[29] Datos correspondientes al año 2014 a partir de la información financiera reportada por los prestadores de servicios de salud a la Superintendencia Nacional de Salud. Al respecto cfr. Sergio Iván Prada Ríos, Ana Melissa Pérez Castaño y Andrés Felipe Rivera Trujillo,

Clasificación de instituciones prestadores de servicios de salud según el sistema de cuentas de la salud de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: el caso de Colombia, Revista Gerencia y Políticas de Salud, Vol. 16 No. 32, 2017, pp. 51-65.

Documento disponible en:

<http://www.scielo.org.Co/udfirus/v16i132/1657-7027-rups-16-32-0005LOf>. Último acceso: 10 de septiembre de 2019.

[30] Superintendencia Nacional de Salud, Oficina de Metodologías de Supervisión y Resultados Análisis de Riesgos, Informe Financiero del Sector Salud, Núm. 4, junio de 2019.

Documento disponible en:

[h\(luisdocs.st_ipsalud.gov.co/Portal%20Web/metodologias/Informes%20de%20Estudios%20Sectoriales/Resultados Financieros%20SGSSS°4202018.psff](http://luisdocs.st_ipsalud.gov.co/Portal%20Web/metodologias/Informes%20de%20Estudios%20Sectoriales/Resultados%20Financieros%20SGSSS%204202018.psff). Último acceso: 15 de septiembre de 2019.

[31] Según el artículo 2.5.3.10.5 del Decreto 780 de 2016, "el servicio farmacéutico podrá ser prestado de manera dependiente o independiente, en los términos siguientes: Servicio farmacéutico independiente. Es aquel que es prestado a través de establecimientos farmacéuticos. Servicio farmacéutico dependiente. Es aquel servicio asistencial a cargo de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, el que además de las disposiciones del presente Capítulo debe cumplir con los estándares del Sistema Único de Habilitación del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud. Parágrafo. Una Institución Prestadora de Servicios de Salud, además de distribuir intrahospitalariamente los medicamentos y dispositivos médicos a sus pacientes hospitalizados, en las mismas instalaciones puede dispensar los medicamentos y dispositivos médicos a sus pacientes ambulatorios, en las condiciones establecidas en el modelo de gestión del servicio farmacéutico".

[32] El artículo 2 de la Ley 1966 de 2019 creó el denominado "Sistema Integrado de Control, Inspección y Vigilancia para el Sector Salud", que funciona a partir de la acción especializada y coordinada de las Superintendencias Financiera, de Sociedades, de Industria y Comercio y de Salud, y determinó que la supervisión se ejerce sobre las EPS y otras aseguradoras en salud, sobre operadores logísticos de tecnologías en salud y gestores farmacéuticos y, en general, sobre todas las sociedades del sector salud y empresas unipersonales que operan en el sector. Específicamente, sobre los gestores farmacéuticos determinó que estos se encuentran sometidos al Sistema Integral de Control, Inspección y

Vigilancia para el Sector Salud en tanto “realicen la dispensación ambulatoria en establecimientos farmacéuticos a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud por encargo contractual de las EPS, IPS y de otros actores del sistema”.

[33] Cfr. Sentencias C-089 de 2018 M.P. Carlos Bernal Pulido y Sentencia C-125 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera.