

Sentencia C-915/02

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Competencias en salud pública

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Planes bienales de inversiones privadas en salud

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Prohibición a instituciones privadas de realizar inversiones por fuera del plan bienal

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-Integración

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud de cargo

INTERPRETACION SISTEMATICA EN REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Imposición de sanciones administrativas

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Imposición de sanciones administrativas a instituciones públicas

LEY ORDINARIA-Modificación por una orgánica

LEY-Contenido de normas orgánicas y ordinarias

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Vigencia de ley en materia de recursos y competencias en servicios de educación y salud

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Trámite por suscribirse como ciudadano por parte de apoderado

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Origen de recursos

REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Contratación de prestación de servicios con instituciones de servicios públicos

SEGURIDAD SOCIAL-Carácter

SEGURIDAD SOCIAL-Prestación

ENTIDAD PRIVADA EN SERVICIO PUBLICO DE SALUD

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Reglas

DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA-No es absoluto

DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA EN SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Límites

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Límites por el Estado a la acción de las entidades

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Dirección y control por el Estado

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Concurrencia del Estado y particulares

ENTIDADES EN RECURSOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Contratación y ejecución con instituciones públicas

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Modificación a la contratación

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Contratación y ejecución de un porcentaje de recursos de UPCS

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participación de agentes públicos y privados

Referencia: expediente D-4014

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 46, 51 y 65 (parciales) de la Ley 715 de 2001 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con lo artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”

Actor: Diego Younes Moreno

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil dos (2002).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Mediante auto del 2 de mayo del presente año, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda, dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista la norma acusada, así como comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a fin de que conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de estimarlo oportuno.

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

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial Año CXXXVII No. 44.654 del 21 de diciembre del año 2001. (se subrayan los apartes acusados)

“LEY 715 DE 2001

(diciembre 21)

por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

TITULO III

SECTOR SALUD

(...)

CAPITULO II

Competencias de las entidades territoriales en el sector salud

(...)

Artículo 46. Competencias en Salud Pública. La gestión en salud pública es función esencial del Estado y para tal fin la Nación y las entidades territoriales concurrirán en su ejecución en los términos señalados en la presente ley. Las entidades territoriales tendrán a su cargo la ejecución de las acciones de salud pública en la promoción y prevención dirigidas a la población de su jurisdicción.

Los distritos y municipios asumirán las acciones de promoción y prevención, que incluyen aquellas que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley, hacían parte del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Para tal fin, los recursos que financiaban estas acciones, se descontarán de la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado, en la proporción que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, con el fin de financiar estas acciones. Exceptúase de lo anterior, a las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas y a las Entidades Promotoras de Salud Indígenas.

Los municipios y distritos deberán elaborar e incorporar al Plan de Atención Básica las acciones señaladas en el presente artículo, el cual deberá ser elaborado con la participación de la comunidad y bajo la dirección del Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud. A partir del año 2003, sin la existencia de este plan estos recursos se girarán directamente al departamento para su administración. Igual ocurrirá cuando la evaluación de la ejecución del plan no sea satisfactoria.

La prestación de estas acciones se contratará prioritariamente con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas vinculadas a la entidad territorial, de acuerdo con su capacidad técnica y operativa.

El Ministerio de Salud evaluará la ejecución de las disposiciones de este artículo tres años después de su vigencia y en ese plazo presentará un informe al Congreso y propondrá las modificaciones que se consideren necesarias.

CAPITULO III

Distribución de recursos para salud

(...)

Artículo 51. Contratación de la prestación de servicios en el régimen subsidiado. Las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado. En el caso de existir en el municipio o distrito respectivo hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial dicha proporción no será menor al 50%. Todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes.

Para efectos de racionalizar los costos se tendrá como marco de referencia las tarifas establecidas por el Ministerio de Salud.

(...)

CAPITULO IV

Disposiciones generales del sector salud

(...)

Artículo 65. Planes bienales de inversiones en salud. Las secretarías de salud

departamentales y distritales prepararán cada dos años un plan bienal de inversiones públicas y privadas en salud, en el cual se incluirán las destinadas a infraestructura, dotación o equipos biomédicos que el Ministerio de Salud determine que sean de control especial.

Estos planes se iniciarán con la elaboración de un inventario completo sobre la oferta existente en la respectiva red, y deberán presentarse a los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud. Los Planes bienales deberán contar con la aprobación del Ministerio de Salud, para que se pueda iniciar cualquier obra o proceso de adquisición de bienes o servicios contemplado en ellos.

No podrán realizarse inversiones en infraestructura, dotación o equipos, que no se encuentren en el plan bienal de inversiones en salud. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la institución pública que realice inversiones por fuera del plan bienal, no podrá financiar con recursos del Sistema General de Participaciones el costo de la inversión o el de operación y funcionamiento de los nuevos servicios. Cuando las instituciones privadas realicen inversiones por fuera del plan bienal, no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El plan bienal de inversiones definirá la infraestructura y equipos necesarios en las áreas que el Ministerio de Salud defina como de control de oferta. Las instituciones públicas o privadas que realicen inversiones en estas áreas no previstas en el plan bienal, serán sancionadas. Los gerentes y las juntas directivas de las instituciones públicas podrán ser destituidos por mala conducta y las instituciones privadas no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

III. LA DEMANDA

El demandante, actuando en su calidad de ciudadano colombiano y en ejercicio del poder conferido por la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar -ASOCAJAS-, demanda la inconstitucionalidad de los artículos 46, 51 y 65 (parciales) de la Ley 715 de 2001. Al efecto, divide su exposición en cargos específicos contra cada uno de los textos acusados en la forma como a continuación se resume:

- En cuanto al inciso segundo del artículo 46 de la Ley 715 de 2001, el actor argumenta que dicho texto vulnera los artículos 13, 48, 49, 58 y 333.

Sobre este tema destaca, en primer término, que conforme a lo dispuesto en los artículos 48 y 49 superiores, la eficiencia es un principio que debe prevalecer en la prestación de los servicios de salud y seguridad social, contra el cual, asegura, atenta la disposición acusada al asignar a los distritos y municipios las acciones de promoción y prevención, que antes hacían parte del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado a cargo de las entidades administradoras de dicho régimen, entre las cuales destaca a las Cajas de Compensación Familiar (Decreto 1804 de 1999) que, agremiadas por conducto de Asocajas, le han conferido poder al accionante para adelantar el presente proceso.

Explica, que al separar las actividades referidas -de promoción y prevención- del proceso de atención a las personas beneficiarias del régimen subsidiado, haciendo responsable respecto de ellas, a los distritos y municipios y de las restantes a las administradoras del régimen subsidiado, se rompe un proceso que tenía un manejo integral, trayendo como consecuencia el aumento de costos, así como la dispendiosa y tardía ejecución de las actividades, como quiera que las entidades territoriales, en todo caso, deberán contratar esos servicios según lo dispone el inciso cuarto del mismo artículo 46 y cuentan con una limitada capacidad técnica, operativa y científica que no garantiza el buen desempeño de sus nuevas responsabilidades.

Llama la atención el demandante, sobre lo que él entiende, sería una previsión del legislador anticipándose a la falta de seguridad sobre la eficiente ejecución de las acciones de promoción y prevención, por parte de las entidades territoriales a las que refiere la norma, así lo infiere de la lectura del último inciso del artículo 46, como quiera que esta norma prevé un plazo de 3 años para que el Ministerio de Salud elabore y presente un informe al Congreso, para proponer las modificaciones que sean necesarias.

Por otra parte indica, que el inciso acusado del artículo 46 de la Ley 715 de 2001, restringe la participación de los particulares para que en concurso con el Estado, se amplíe progresivamente la cobertura de la seguridad social tal como lo dispone el inciso tercero del artículo 48 de la Constitución Política. A este respecto añade que los principios de eficiencia y solidaridad en materia de seguridad social “no son realizables sin la participación de los particulares, con cuya concurrencia se viabiliza y garantiza la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en orden a lograr un servicio de promoción, prevención, protección y recuperación de la salud como lo exigen y reclaman los textos constitucionales

contenidos en los artículos 48, 49 y 365.” Sobre este tema indica que a su juicio, la obligación de ampliar cobertura no puede apartarse de la exigencia constitucional consistente en que aquella se realice con la participación de los particulares.

Ya no desde la perspectiva de las consecuencias de la norma sobre los usuarios del régimen subsidiado, sino respecto de las Administradoras de éste, que tengan naturaleza privada y, en especial, de las Cajas de Compensación Familiar¹, el demandante asegura que el inciso acusado da lugar a un tratamiento discriminatorio de todas ellas, con el que se infringe el artículo 13 superior, por cuanto resultan excluidas “de la atención en salud en los aspectos de fomento o promoción y prevención, dislocando la integralidad de la protección que es también fundamento rector del servicio público de la Seguridad Social en Salud...”

Continúa explicando, que el inciso controvertido implica restricciones a las garantías de las que trata el artículo 333 de la Constitución Política, en concreto, la libertad económica que a su vez contiene la de empresa y la libre competencia, pues, a su juicio, el texto enjuiciado impide a entidades particulares, entre ellas a las Cajas de Compensación, la prestación del servicio de seguridad social en salud en lo referente a la administración de las acciones de promoción y prevención en salud del régimen subsidiado; en sustento de su tesis transcribe apartes de la sentencia C-616 de 2001.

Adicionalmente, funda la supuesta vulneración del artículo 58 superior, en que el precepto acusado desconoce los derechos adquiridos por las Cajas de Compensación por disposición del artículo 217 de la Ley 100 de 1993 y, advierte, que aquellos no pueden ser desconocidos por leyes posteriores.

- Respecto del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, la acusación planteada por el demandante consiste en afirmar que la norma, al regular aspectos relativos a la contratación de entidades privadas que administran los recursos del régimen subsidiado, como en efecto lo hacen las Cajas de Compensación conforme al artículo 1° del Decreto Reglamentario 1804 de 1999, vulnera el artículo 333 superior, por cuanto al limitar la actividad contractual de aquellas y obligarles a comprometer determinado porcentaje del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada con entidades prestadoras de servicios de salud públicas, vulnera también su autonomía, libertad económica, libertad de empresa o iniciativa privada y su libertad de competencia (C.P., art. 333), principios con base en los cuales se encuentran en la

posibilidad de organizar los factores de producción.

- Sobre el artículo 65 de la Ley 715 de 2001, el demandante argumenta que da lugar a la vulneración de la autonomía reconocida por el artículo 103 de la Constitución Política, a los entes u organizaciones de la sociedad civil, tales como la Cajas de Compensación, respecto de las cuales advierte que su principal peligro es “la injerencia indebida del Estado en la organización y funcionamiento de éstas”. Lo anterior, teniendo en cuenta que la autonomía invocada, tiene origen en el hecho de que la organización social es el fruto del ejercicio de la libertad de asociación de los empleadores privados, en el caso de las Cajas de Compensación (C.P., art. 38), y que el límite de su gestión sólo se proyecta en la posibilidad de que el Estado ejerza sobre ellas las facultades de supervisión y vigilancia, pero sin desconocer su autonomía.

El demandante concreta el cargo esbozado, advirtiendo que la norma acusada, al asignar a las secretarías de salud departamentales y distritales la atribución de preparar planes bienales de inversión privada, impide que las instituciones particulares o de utilidad común no gubernamentales, dispongan de manera autónoma de sus inversiones en el área de salud, “sin perjuicio de no poder realizar inversiones en infraestructura, dotación o equipos, si las mismas no se encuentran en el plan bienal de inversiones en salud o de la sanción correspondiente como allí se indica en la disposición demandada.”

En relación con los apartes del artículo 65 controvertidos -subrayados-, el demandante hace extensivos los razonamientos planteados contra el artículo 46 también acusado, para sustentar la violación de los artículos 58, 333 y 334 superiores. Al respecto, reitera que la norma en comento privilegia la posición en el mercado de unos sujetos en detrimento de otros, en contraposición de los mencionados artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

Por otra parte, el actor asegura que la expresión destacada en el artículo 65 según la cual “[C]uando las instituciones privadas realicen inversiones por fuera del plan bienal, no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud” y aquella que dispone que “serán sancionadas” las instituciones privadas que realicen inversiones por fuera del plan bienal, constituyen una sanción respecto de la cual en la norma no se prevé procedimiento alguno para su imposición como tampoco, la autoridad competente para el efecto, razón por la que, asevera, se contraría el artículo 29 de la Constitución Política.

- El actor, luego de destacar que la Ley 715 de 2001 es de naturaleza orgánica (C.P., Art. 151), teniendo en cuenta que fue expedida a iniciativa del Gobierno debido a que ordena las participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas (C.P., Art. 154) y conforme a lo prescrito en el artículo 288 de la Constitución Política, asegura que la regulación a través de las normas acusadas de temas que considera ajenos a los que taxativamente deben ser regulados por este tipo de leyes, vulnera el artículo 151 de la Constitución Política. Para el demandante, el contenido de los artículos demandados es extraño a la condición jurídica particular de una ley orgánica, así como hacen “inane la clasificación que de las distintas leyes realiza la Carta Magna” pues ellos modifican el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 y regulan asuntos relacionados con la seguridad social en salud que son del resorte de leyes ordinarias según lo previsto por el artículo 49 superior.²

- Finalmente, el actor formula un reparo relacionado con la vigencia y derogatorias de las que trata el artículo 113 de la Ley 715 de 2001, según el cual, dicha norma al expresar que la ley “rige a partir de la fecha de su sanción” (21 de diciembre de 2001), pasó inadvertido el hecho de que el Acto Legislativo 01 de 2001 con base en el cual fue expedida, tan solo entró en vigencia a partir del primero de enero del año 2002 conforme se dispone en su artículo 3, razón por la cual, concluye, que la ley bajo examen se expidió antes de la existencia jurídica imprescindible del acto legislativo referido, más exactamente once (11) días después, circunstancia que se traduce en una contraposición evidente a la estructura “piramidal keynesiana de las normas jurídicas” y al Estado Social de Derecho que gobierna la institucionalidad en Colombia (C.P., Art. 1).

Con argumentos sustancialmente idénticos, el ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo coadyuvó la demanda referida, mediante escrito presentado el 21 de mayo del año en curso.

IV. INTERVENCION CIUDADANA

El ciudadano Juan Francisco Espinosa Palacios, intervino en defensa de las normas demandadas, exponiendo los argumentos que a continuación se resumen.

Respecto del artículo 51 acusado, asegura que el efecto de la norma es evitar que se cree una nueva red de las que se definen en el artículo 54 de la misma ley, con el fin garantizar “no solo una adecuada prestación del servicio de salud, sino, además, un adecuado sistema

de soporte financiero que pueda garantizar la prestación y el funcionamiento correcto del sistema de seguridad social en salud a largo plazo.” Con ese propósito, explica, se ha recurrido mediante la norma en comento, a la limitación razonada y proporcional de la libertad económica, lo cual puede hacer el legislador en la medida en que no se trata de un concepto absoluto, pues encuentra limitaciones de diferente índole, como las precisadas en las sentencias C-333 de 1999 y C-265 de 1994. Así mismo, el interviniente, con base en la cita de la última providencia referida, sostiene que el juicio de constitucionalidad en materia de limitaciones económicas debe hacerse bajo el sistema de inconstitucionalidad manifiesta.

En cuanto al artículo 65 acusado, sostiene, que la planificación bienal allí dispuesta, constituye una expresión de regulación y vigilancia del uso de los recursos, cuyo fin consiste en precaver que “se presenten excesos o deficiencias en la prestación del servicio de salud, que como es sabido, debe ser garantizado por el Estado”. Para el interviniente la norma referida permite evitar que se presente en el mercado una sobredemanda de servicios o, lo que resultaría aún peor, una de necesidades. Sobre este tema, concluye afirmando que la existencia del plan bienal de inversiones, no implica que las instituciones privadas no puedan proponer la inclusión en él de aquellas que consideren necesarias, las cuales, en todo caso, serán evaluadas por las secretarías de salud sobre su pertinencia para así lograr un mayor beneficio a la comunidad.

Sobre el cargo planteado en la demanda, según el cual el artículo 65 vulnera el derecho al debido proceso, por no determinar el procedimiento y la autoridad competente para imponer la sanción allí prevista, el interviniente asegura, que el hecho de que una norma tipifique una conducta no sugiere de manera inmediata la vulneración del derecho referido, a su juicio, “pensar de este modo equivaldría a suponer una mala fe en el legislador y un vicio de toda normatividad, y bajo este punto de vista toda norma que estableciese una sanción sería violatoria del debido proceso.”

Para contestar al reparo del demandante por la supuesta vulneración de la reserva de ley orgánica, pone de presente que el epígrafe de la ley acusada expresa “...y se dictan otras disposiciones”, por lo cual advierte que se señalaron las materias que iban a tratarse, guardando aquellas absoluta conexidad con el tema de la ley, razón por la que asegura que el trámite dado al conjunto de las normas no contraría el artículo 151 superior, pues así

acontecería si, a diferencia de como se procedió, se hubieren regulado normas de rango orgánico mediante el procedimiento de normas ordinarias. Así mismo, manifiesta que no se contrarió disposición alguna por el momento en el que empezó a regir la ley de la que hacen parte los artículos acusados, pues el acto legislativo que sirve de fundamento a su expedición ya se encontraba publicado y sus efectos eran ya previsibles, no obstante su entrada en vigencia tendría lugar días después, por lo que considera que no es posible castigar la voluntad del legislador por haber actuado de manera eficiente y atendiendo una situación específica.

I. INTERVENCIONES INSTITUCIONALES

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La apoderada del ministerio señalado, teniendo en cuenta que el poder a ella conferido sólo la autoriza para defender la constitucionalidad de los artículos 51 y 65 de la Ley 715 de 2001, procede de conformidad exponiendo los argumentos que a continuación se resumen.

La interviniente, luego de hacer mención de la estructura institucional del Sistema de Seguridad Social en Salud, indica que el legislador cuenta con un amplio margen para diseñarlo³, siempre que lo haga cumpliendo las reglas contenidas en los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución Política, “de manera que, la intervención facultativa u obligatoria de los particulares tanto en la administración como en la prestación de los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, se inscribe en la naturaleza del servicio y en el esquema de seguridad social adoptado.”

Así mismo, advierte que el Estado tiene una facultad derivada de las normas referidas para organizar, dirigir, establecer políticas, reglamentar, vigilar y controlar las actividades relacionadas con el servicio público de salud y, en la medida en que los particulares participan en la prestación de servicios específicos, es necesario que esa actividad se sujete a ciertos parámetros, entre los cuales comenta los previstos por la Ley 100 de 1993. Atendidas las anteriores consideraciones, para la interviniente en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es cierto que las normas enjuiciadas obstruyan o restrinjan la libertad económica de quienes concurren al mercado como administradores del

régimen subsidiado, pues conservan la posibilidad de escoger si los servicios que ofrecen los prestan mediante IPS propias, contratándolos con terceros o haciendo uso de las dos modalidades, evaluando y decidiendo libremente la opción que les permita mayor eficiencia y calidad a menores costos.

Sobre este tema, insiste, en que la participación de particulares en la prestación del servicio de seguridad social en salud no implica que el Estado se desprenda de la posibilidad de intervenir tal como se lo autorizan las normas superiores, como quiera que se trata de un servicio público (C.P., art. 365) y conforme a lo prescrito por la Ley 100 de 1993 en su artículo 154, el cual transcribe en su integridad.

Conforme a lo expuesto hasta este punto concluye que, “la obligación establecida en el artículo 51 acusado de la Ley 715 de 2001, en la medida que regula la prestación de los citados servicios públicos a través de instituciones públicas en los porcentajes allí señalados, no podría limitar la libertad económica de quienes intervienen como entidades administradoras del régimen subsidiado, pues como lo ha señalado esa H. Corporación a través de la Sentencia C-616 de 2001 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil “el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social.” De igual manera afirma que la intervención del Estado en estas materias se justifica como garantía de los principios de eficiencia y de “libre escogencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Según la interviniente, el párrafo segundo del artículo 22 de la Ley 344 de 1996, contiene una disposición normativa muy similar a la del artículo 51 acusado y, comenta, que respecto de aquella norma, la Corte Constitucional declaró su constitucionalidad, razón por la cual transcribe algunos argumentos expresados por esta Corporación para el efecto, con el fin de sustentar la exequibilidad de la norma enjuiciada en esta oportunidad. (Sentencia C-428 de 1997)

Por otra parte, infiere, que si el artículo 48 superior dispone que la ley puede establecer si la seguridad social es prestada por entidades públicas o privadas, bien puede entonces, “determinar el porcentaje de contratación con entes oficiales o particulares para la

prestación del mencionado servicio público.”

En cuanto al artículo 65 -acusado parcialmente- de la Ley 715 de 2001, la apoderada de la cartera de Hacienda y Crédito Público transcribe y reitera los argumentos presentados por esta entidad dentro del trámite del expediente D-3881.

1. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Por conducto de uno de sus miembros, el Dr. Alejandro Venegas Franco, y en atención a la invitación formulada por el Magistrado Sustanciador en el auto admisorio de la demanda, la entidad referida participa en el presente proceso exponiendo las consideraciones que a continuación se sintetizan.

La exposición inicia advirtiéndole que de la lectura integral de los artículos que el actor invoca como vulnerados y, en especial, del artículo 48 superior, puede concluirse que no hay disposición constitucional a favor o en contra de una determinada entidad, sea pública o privada, a efectos de la prestación del servicio de salud, “luego si por disposición legal se faculta a una entidad territorial para la gestión de dicha actividad, simplemente se está desarrollando preciso mandato constitucional, el mismo que habilita a que tal prestación de servicios se adelante por entidades públicas o privadas.”

En cuanto a las motivaciones que el legislador habría considerado, para asignar a las entidades territoriales las responsabilidades aludidas por el artículo 46 acusado parcialmente, el interviniente asegura, que conforme a los artículos 1, 286 y siguientes de la Constitución Política, es claro que tal proceder armoniza con la intención del constituyente por atribuirles a aquellas, trascendentales funciones para que sirvan como focos de desarrollo para el país. A este respecto y en apoyo de su análisis, hace referencia a los principios rectores del ordenamiento territorial, incluidos en el artículo 4 del proyecto de ley que sobre el tema cursa en el Congreso de la República⁴, destacando que conforme al postulado de “[G]radualidad y flexibilidad ...las entidades y figuras de integración territorial se adaptarán progresivamente y dispondrán de las competencias y recursos que les permitan aumentar su capacidad administrativa y de gestión.” De igual manera, indica, que entre las consecuencias derivadas de la no distribución territorial identificadas en el proyecto de ley

aludido, se hace referencia expresa al “[E]scaso desarrollo de las capacidades endógenas regionales para insertarse ventajosamente en un mundo globalizado.”

Así las cosas, las menciones anteriores llevan al interviniente a concluir que las entidades territoriales están constitucionalmente facultadas para asumir en forma directa la prestación de servicios de salud, siempre que la asignación de responsabilidades se haga en forma gradual, tal como lo establece el inciso acusado del artículo 46.

Por otra parte, asegura, que el planteamiento del actor según el cual la norma en comento genera ineficiencia en la prestación del servicio, desconoce que las entidades territoriales, conforme a la habilitación constitucional expresa y a los principios que las rigen son “entidades plenamente competitivas”. Sobre el tema explica que no es posible inferir, como lo hace el demandante, que la norma al prever controles como el dispuesto en el último inciso del artículo 46, anticipe la ineficiencia en el servicio, pues tal consideración supondría que todas las actividades sujetas a inspección y vigilancia estatal tienen una tendencia a la ineficiencia, “lo que quizás pareciera un tanto excesivo cuando, en realidad, el control estatal respecto de determinadas actividades se cumple para que tales actividades se sujeten a la ley...”.

Señala que dada la importancia del servicio de seguridad social en salud en un Estado Social de Derecho, “no se puede librar su ejercicio al simple arbitrio de las entidades que lo prestan, bien sean públicas o privadas” y teniendo en cuenta que “prima facie”, el Estado estará a cargo de dicho servicio, no puede, entonces, excluirse a las entidades territoriales de su prestación. Expresa que el postulado constitucional de la libre competencia tampoco se contraría con el inciso enjuiciado del artículo 46, pues el efecto generado con dicha disposición no es otro que el cambio del ámbito de aplicación de dicha libertad, pues los particulares competirán libremente en los servicios que a ellos corresponda prestar.

De igual manera sostiene, que el artículo 65 acusado, en el aparte que dispone que las secretarías de salud departamentales y distritales prepararán cada dos años un plan bienal de inversiones públicas y privadas en salud, tampoco pugna con el postulado de libertad empresa, pues tal disposición coexiste con el interés que se verifica por parte del Estado en el desarrollo de dicha actividad y en la importancia del fin que con esa medida se persigue.

En relación con los apartes de la norma en comento, que aluden a aspectos vinculados a la

sanción prevista para las entidades que realicen inversiones por fuera del plan bienal del que trata el artículo 65, argumenta que se trata de disposiciones que en la práctica serán causa de violaciones al debido proceso, toda vez que no se encuentran insertas en un claro marco de aplicación y por lo tanto no consultan el principio de legalidad que rige la facultad sancionadora del Estado.

En un último capítulo, la Academia Colombiana de Jurisprudencia manifiesta que, contrario a lo expresado por el demandante y una vez evaluada la integridad de los apartes demandados en el contexto de la ley, se hace evidente que “concretan la condición de la temática de ley orgánica”. Sobre este punto arguye, además, que eventualmente es posible incluir como materia de ley orgánica asuntos referidos a otro tipo de leyes, siempre que se observe una relación de conexidad entre los mismos.⁶

Con base en las consideraciones expuestas, solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de los artículos 46, 51 y 65, exceptuando de este último las expresiones referidas a la sanción allí dispuesta.

3. Ministerio de Salud

El apoderado del ministerio mencionado, concurre al proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas.

El interviniente dedica una gran parte de su escrito a destacar que, conforme a disposiciones constitucionales (C.P., art. 1, 48, 49 y 365) y a la interpretación que sobre estas ha hecho la Corte Constitucional en múltiples sentencias, de las cuales transcribe extensos apartes, el Estado tiene un deber control, vigilancia y dirección sobre las políticas que rigen los servicios públicos y, en especial, el de la seguridad social en salud.

Teniendo en cuenta esa premisa, argumenta, que en nada es incompatible el artículo 46 acusado con el postulado de libertad económica (C.P. art. 333), invocado como vulnerado por el demandante, en tanto la armonización efectiva de las disposiciones constitucionales aludidas permite una “cogestión” entre administradores y administrados de los diversos procesos de planificación, decisión y ejecución. De manera que, a su juicio, la norma referida no representa nada distinto al desarrollo de las normas superiores al tiempo que procura el mejor cumplimiento de las funciones que en materia de salud corresponden a los diferentes

involucrados con el sector.

En cuanto al artículo 51 enjuiciado, asegura que el propósito de la norma consiste en que las instituciones prestadoras de servicios de salud de naturaleza pública “tengan un margen de cobertura y participación de (sic) los recursos destinados para atención de la población beneficiada con el régimen subsidiado, condicionado a que la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes.”; lo cual, a su juicio, es perfectamente admisible desde el punto de vista constitucional.

Respecto del artículo 65 bajo análisis, el representante de la Cartera de Salud, asegura, que el demandante le da un alcance que no tiene, pues la norma al regular los planes de inversiones a los que hace referencia, permite que dentro de ellos puedan ser “incluidas inversiones con destino a entidades particulares”, y la sanción prevista, dado el caso en el que las instituciones privadas realicen inversiones por fuera del plan, es una consecuencia por el incumplimiento de esa obligación.

En relación con el cargo por supuesta vulneración de la reserva de ley orgánica, el interviniente adhiere a lo expresado en la sentencia C-600 de 1995, según la cual “[N]o es pues razonable que la Corte declare la inexecutableidad de aquellas normas que fueron aprobadas como orgánicas pero que son propias de la ley ordinaria, por las siguientes dos razones: de un lado, por cuanto las mayorías requeridas para aprobar una norma orgánica son suficientes para aprobar una ley ordinaria. No habría ningún vicio por este aspecto. Y, de otro lado, si la Corte busca proteger la competencia de las leyes ordinarias, no requiere anular esas disposiciones sino simplemente señalar que esas normas no son orgánicas y pueden por ende ser modificadas por normas legales ordinarias. es pues razonable que la Corte declare la inexecutableidad de aquellas normas que fueron aprobadas como orgánicas pero que son propias de la ley ordinaria.”

Por otra parte, el representante del Ministerio de Salud formula algunos reparos relacionados con la intervención del demandante, mediante poder otorgado por una persona jurídica. Al respecto, luego de llamar la atención sobre la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad, advierte, que el accionante no actuó en su condición de ciudadano colombiano en el ejercicio de una acción pública sino como representante judicial de ASOCAJAS, contrariando el principio según el cual, “lo que es de la esencia única de la persona natural no puede

extenderse a la persona moral.”

En lo que atañe al cargo relacionado con la supuesta irregularidad, surgida por el momento en el que fue expedida la ley de la que hacen parte los artículos acusados, advierte, que la promulgación es el punto de partida para que las normas tengan la fuerza de obligar a los asociados, y que legalmente, se ha establecido en el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, que la promulgación se perfecciona a partir del momento en el que la norma se inserta “en el periódico oficial y se entiende consumada en la fecha del número en que termina la inserción”. Tomando en cuenta estas consideraciones, asegura, que la Ley 715 de 2001 fue promulgada después de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2001 y, en consecuencia, el cargo expuesto por el demandante no está llamado a prosperar.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, mediante comunicación No. 2916 recibida el 17 de junio de 2002 en la Secretaría de la Corte Constitucional, rinde el concepto de rigor, que se resume a continuación.

- La Vista Fiscal, asegura, que de la demanda puede concluirse, que el primer problema jurídico que es posible plantear consiste en dilucidar si el artículo 46 acusado, vulnera los principios de libre iniciativa y libertad económica, así como el carácter de servicio público de la seguridad social y el derecho a la igualdad, al disponer que la promoción y prevención de la salud estarán a cargo de los distritos y municipios, excepto cuando se trate de la población indígena.

En punto a contestar el cuestionamiento referido, pone de presente que la salud, por su conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad de la persona, merece especial atención por parte del Estado, tanto en su regulación como en la vigilancia administrativa de su prestación. Dadas estas circunstancias que derivan de un marco normativo constitucional específico (C.P., art. 48, 49, 334), es claro, a juicio del Ministerio Público, que el servicio de salud está sujeto a una regulación especial del Estado, el cual tiene un amplio margen de injerencia para garantizar el derecho a la salud de todas las personas.

No obstante lo anterior, reconoce que la actividad intervencionista Estatal, debe estar soportada en criterios de razonabilidad, para evitar excesos en las limitaciones que se

proponga imponer a la libertad económica, pues si bien éstas restricciones se encuentran autorizadas por la Constitución Política (C.P. art. 333); de no resultar ponderadas, necesarias y proporcionales pueden terminar contrariando el ordenamiento superior.

Así las cosas, propone efectuar un juicio sobre la razonabilidad de las limitaciones contenidas en las normas acusadas. Al efecto, explica la estructura del Sistema de Seguridad Social en Salud configurado por el Congreso de la República a través de la Ley 100 de 1993, efectuando un breve análisis sobre el sistema de redes alrededor del cual está organizado el servicio de salud a nivel territorial, cuyo objetivo, según explica, consiste en “la articulación de las unidades prestadoras de estos servicios, de tal manera que se armonice la demanda y la oferta y se racionalicen los costos y se dé eficiente utilización a la infraestructura con que cuenta el servicio”; dadas estas circunstancias, asegura, que la intervención del Estado se hace indispensable para la coordinación de las entidades públicas y privadas del sector, como razonable para el establecimiento de competencias, requisitos, estímulos y restricciones que hagan efectiva dicha coordinación. Lo anterior, asevera, armoniza también con los criterios expuestos en el artículo 154 de la ley referida, en torno a las características y fines de la intervención del Estado en esta materia.

Antes de continuar con el análisis respecto del segundo inciso del artículo 46, hace referencia a la definición de promoción y prevención en materia de salud, contenida en el Decreto Reglamentario 1891 de 1994. De igual forma se refiere a la proporción de la unidad de pago por capitación -UPC- que, según el Acuerdo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud No. 081 de 1997- tratándose de las administradoras del régimen subsidiado (ARS), se distribuye destinando el 70% para la financiación de la prestación de servicios de salud de la población afiliada a dicho régimen y “el 10% para financiar las acciones de promoción y prevención de esta población”.

De esta manera, advierte, que el inciso bajo examen está disponiendo solo respecto del último porcentaje anotado, lo cual resulta acorde con el ordenamiento constitucional, teniendo en cuenta que se trata de recursos de naturaleza netamente pública y el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración con que cuenta en estas materias, tan solo releva a las administradoras privadas del manejo de aquellos para asignar a los distritos y municipios esa responsabilidad, lo cual encuentra acorde con los artículos 48, 49, 365 y 366 superiores. Por tanto, a juicio de la Vista Fiscal, de ninguna manera se está restringiendo la

actividad económica de las ARS, pues ellas bien pueden seguir participando en la prestación de los demás servicios de salud.

Explica igualmente, que la razón de que se responsabilice a los distritos y municipios de las acciones de promoción y prevención en salud, es procurar que no solo los afiliados de las EPS y ARS tengan acceso a ese tipo de seguridad social, desfocalizando así el servicio y haciéndolo extensivo a más personas. En cuanto a los cargos por la supuesta ineficiencia que la norma genera, el Ministerio Público manifiesta que se trata de consideraciones relacionadas con la aplicación de la norma, que no pueden ser objeto de análisis en el presente proceso.

- Sobre el cuestionamiento de la demanda, según el cual el artículo 51 acusado vulnera los postulados superiores de la libre iniciativa privada y la propiedad, la Vista Fiscal advierte que el análisis no puede llevarse a cabo bajo los parámetros generales de tales conceptos, dado que los artículos 48, 49, 287, 334 y 365 a 370 de la Constitución, así como el 154 de la Ley 100 de 1993, estructuran una especial regulación del servicio de salud, a través del cual el Estado orienta, coordina, vigila, inspecciona y controla su prestación, con el fin de buscar la máxima eficiencia y garantizar así a los ciudadanos sus derechos como la prevalencia del interés general.

Señala, que el legislador es quien determina el ámbito de libertad de las empresas vinculadas al sector, y la norma cuestionada garantiza la óptima utilización de la infraestructura pública en salud y asegura a las entidades que la conforman un flujo de recursos que hagan posible su funcionamiento, lo cual resulta compatible con la naturaleza de los recursos del régimen subsidiado de salud. Se trata entonces, según su criterio, de orientar la oferta privada hacia los aspectos deficitarios de la oferta pública, “de tal manera que una y otra se complementen en la medida de lo posible, evitando una duplicidad innecesaria en ciertos servicios.”

Para el Ministerio Público el tratamiento preferencial que la norma da a las entidades públicas, se justifica en la medida en que con él se responde a la protección del interés general y en este caso garantiza la viabilidad del sistema estructurado en redes.

No obstante lo anterior, solicita a la Corte que se declare la constitucionalidad condicionada del inciso acusado del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, por cuanto considera necesario que

los porcentajes aludidos por la norma para la contratación, estén sujetos a que la oferta del sector público cumpla con las exigencias del servicio, es decir, que cuente con la infraestructura necesaria y la calidad para la prestación del mismo y, por otra parte, que los porcentajes allí dispuestos no representen restricciones a la libertad de los usuarios para escoger los centros asistenciales y los médicos que los atenderán.

- Sobre la materia objeto de regulación por el artículo 65, también acusado, expone, en primer término, que la planeación de las inversiones públicas en salud, se ajusta plenamente a los fines constitucionales. Sin embargo, considera que involucrar o integrar a los particulares al plan bienal de inversiones en salud restringe de manera injustificada una actividad lícita, como es la prestación de servicios de salud.

Continúa su exposición sobre este tema, asegurando, que debido a la redacción del precepto censurado no es posible realizar una ponderación entre los fines constitucionales que se pretende proteger y el detrimento de otros que resultan restringidos. De manera que, en su criterio, el legislador habría omitido motivar la limitación a la iniciativa privada allí contenida, lo cual estima irregular teniendo en cuenta que es “excesivamente restrictiva”, como quiera que “son los particulares quienes deben, de acuerdo con las condiciones del mercado, decidir sobre su costo de oportunidad.”

Con base en las anteriores consideraciones solicita a la Corte declarar inexecutable las expresiones acusadas, contenidas en el artículo 65 de la Ley 715 de 2001.

- Finalmente, en cuanto al cargo expuesto en la demanda por la supuesta vulneración del artículo 151 de la Constitución Política, advierte que el epígrafe de la ley anuncia que también tiene por objeto “dictar otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud” y en la medida en que esos aspectos guardan relación con los temas de reserva de ley orgánica, tratados por la norma, y que según el principio “a fortiori” –el que puede lo más puede lo menos, considera que el cargo no está llamado a prosperar.

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, como quiera que las expresiones acusadas hacen parte de una Ley de la República.

2. La materia sujeta a examen

Los artículos acusados -parcialmente- de la Ley 715 de 2001, contienen disposiciones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en el Sector Salud, tal y como expresamente lo declara el epígrafe del Título III.

De manera específica, el artículo 46 hace parte del Capítulo II en el cual se definen las competencias de las entidades territoriales en estas materias y, el inciso acusado, asigna a los distritos y municipios las tareas de promoción y prevención en salud bajo unas condiciones concretas, se trató, pues, de una reasignación de competencias específicas entre órganos y entidades involucradas en la prestación de servicios de salud en el régimen subsidiado.

Por su parte, el artículo 51, integra el capítulo III en el que se agrupan las normas relacionadas con la distribución de los recursos en el sector salud. El aparte demandado, estableció algunos parámetros a los que deberá sujetarse la contratación de la prestación de servicios en el régimen subsidiado.

La última de las normas acusadas, el artículo 65, pertenece al capítulo IV en el que se previeron una serie de disposiciones generales aplicables al sector salud. En este precepto, se definió la forma como deberán efectuarse las inversiones públicas y privadas, mediante la implementación del denominado plan bienal de inversiones, el cual, a su vez, sirve de referencia para la imposición de sanciones a los entes que se aparten de sus directrices.

Antes de llevar a cabo el análisis de los reparos planteados en la demanda y las consideraciones expuestas por cada uno de los intervinientes en relación con los artículos 46 y 65, es preciso advertir que respecto de estas normas la Corte Constitucional se pronunció con ocasión del trámite de los expedientes D-3881 y D-3962, respectivamente, razón por la cual, la primera tarea consistirá en establecer si las decisiones referidas abarcaron el estudio de los cargos y expresiones analizadas en esta oportunidad, para así determinar cuál es el

alcance de la cosa juzgada constitucional.

Otros cargos respecto de los cuales también es necesario realizar el estudio de manera previa, son los consistentes en: i.) El supuesto vicio de inconstitucionalidad en razón a que la Ley de la que hacen parte los artículos acusados entrara en vigencia antes del Acto Legislativo 01 de 2001 que sirvió de fundamento para su expedición, ii) La supuesta vulneración de la reserva de ley orgánica en la medida que, a juicio del actor, el contenido de los artículos demandados es extraño a la condición jurídica particular de una ley de dicha naturaleza, lo cual, en su criterio, haría “inane la clasificación que de las distintas leyes realiza la Carta Magna”, pues se trata de normas que modifican el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 y regulan asuntos relacionados con la seguridad social en salud que son del resorte de leyes ordinarias según lo previsto por el artículo 49 superior y, iii) El reparo expuesto por el representante del Ministerio de Salud relacionado con la imposibilidad de demandar la inconstitucionalidad de una ley por una persona jurídica que actúa por medio de apoderado.

Ahora bien, respecto del artículo 51, conforme al cual las entidades administradoras del régimen subsidiado -ARS- deberán comprometer ciertos porcentajes de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada -UPSC-S- en la contratación de servicios con instituciones prestadoras de servicios de salud públicas, el accionante ha planteado que la norma vulnera los principios de libertad económica, de empresa y de competencia a los que hace referencia el artículo 333 superior, pues, en su criterio, no es otro el efecto de la limitación a la actividad contractual contenida en el precepto acusado.

Sobre esta acusación los participantes dentro del presente trámite, coinciden, en defender la norma acusada. Es así como en la intervención ciudadana se expone que la norma representa una proporcional y razonada limitación de la libertad económica, posible en la medida en que éste último no es un concepto absoluto.

A juicio del Ministerio de Hacienda, con base en la cita de jurisprudencia constitucional, la norma no limita la libertad económica si se toma en cuenta que en materia de salud el legislador es quien dispone el alcance de esa garantía constitucional, la cual, además, debe sujetarse a las condiciones de regulación, vigilancia y control que lleva a cabo el Estado como responsable de este sector social, todo con el fin de garantizar los principios de eficiencia y libre escogencia en el General de Seguridad Social en Salud. Así mismo, destaca

que si el artículo 48 superior prevé que la seguridad social puede ser prestada por entidades públicas o privadas, es posible, en consecuencia, que se determine el porcentaje de contratación en los términos de la norma acusada. Con argumentos sustancialmente idénticos la Academia Colombiana de Jurisprudencia explica que la norma representa una proyección legislativa de la responsabilidad del Estado sobre la dirección, coordinación y control de estas materias.

Por su parte, el señor Procurador General de la Nación, solicita que se declare la constitucionalidad del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, pero condicionada a que los porcentajes de contratación con las entidades públicas, tomen en cuenta que la oferta del sector público cumpla con las exigencias del servicio y que no se afecte la libertad de los usuarios para escoger los centros asistenciales y los médicos que los atenderán.

Así las cosas, la Corte Constitucional resolverá sobre la demanda de la referencia en el orden planteado.

3. Consideraciones preliminares.

3.1. Alcance de la Cosa Juzgada constitucional respecto de los artículos 46 y 65.

3.1.1. Cosa juzgada respecto del inciso segundo del artículo 46 de la Ley 715 de 2001

Con ocasión del estudio del expediente D-3962, esta Corporación, en sentencia C-791 de 2002, se pronunció respecto del inciso segundo del artículo 46 de la Ley 715 de 2001 y declaró su exequibilidad, “condicionada en los términos de la parte motiva de esta sentencia”.

El demandante en aquella oportunidad, presentó cargos contra la norma acusada por la supuesta vulneración de los artículos 13, 48, 150-21, 333, 334 y 336 de la Constitución Política, respecto de los cuales la Corte realizó el estudio respectivo en la providencia mencionada. Así las cosas, teniendo en cuenta que entre los cargos estudiados en la sentencia referida, se encuentran los propuestos para su estudio en el presente proceso, conforme al resumen de la demanda, resulta claro que opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

En consecuencia, esta Corporación en la parte resolutive de la presente providencia habrá de

estarse a lo resuelto en la sentencia C-791 de 2002 respecto de la norma referida.

3.1.2. Análisis respecto del artículo 65 de la Ley 715 de 2001.

- Con ocasión del estudio del expediente D-3881, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-615 de 2002, examinó y declaró inexecutable las expresiones del artículo 65 que a continuación se señalan:

“Primero: Declarar INEXECUTABLE la expresión “y privadas en salud” contenida en el inciso primero del artículo 65 de la Ley 715 de 2001.

Segundo: Declarar INEXECUTABLES las expresiones “No podrán realizarse inversiones en infraestructura, dotación o equipos, que no se encuentren en el plan bienal de inversiones en salud” y “Cuando las instituciones privadas realicen inversiones por fuera del plan bienal, no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud” contenidas en el inciso tercero del artículo 65 de la Ley 715 de 2001.

Tercero: Declarar INEXECUTABLES las expresiones “o privadas” e “y las instituciones privadas no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud” contenidas en el inciso cuarto del artículo 65 de la Ley 715 de 2001.”

En estas condiciones, como quiera que algunas de las expresiones objeto de la decisión mencionada coinciden con las demandadas en el presente proceso, la Corte habrá de estarse a lo resuelto respecto de ellas en la providencia referida, por haber operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (C.P., art. 243).

De esta manera, el estudio que corresponde a la Corte en la presente oportunidad sobre el artículo 65 de la Ley 715 de 2001, se restringe a las expresiones “administrativas a que hubiere lugar” -tercer inciso- y “serán sancionadas” -último inciso-, respecto de las cuales el único cargo planteado por el demandante es el referido a la supuesta vulneración del debido proceso (C.P. art. 29).

- En cuanto a la primera expresión, se observa que hace parte de un contenido normativo que dispone cuál será la consecuencia para las entidades públicas por incumplir con la prohibición a la que se refiere la primera parte del mismo inciso, según el cual, “No podrán realizarse inversiones en infraestructura, dotación o equipos, que no se encuentren

en el plan bienal de inversiones en salud”, enunciado declarado inexecutable en la sentencia C-615 de 2002 pues, a pesar de no haberse demandado, se consideró necesario integrar con él unidad normativa.

Ante esta circunstancia, podría argumentarse que carece de sentido que subsista la consecuencia o efecto jurídico, que sigue al incumplimiento de una prohibición que ha sido retirada del ordenamiento jurídico con ocasión de un fallo que la declaró inexecutable. Así las cosas, podría concluirse que la vigencia de un contenido normativo que dispone la consecuencia jurídica por el incumplimiento de una disposición o prohibición inexistente, no es más que un precepto incompleto e incomprensible.

No obstante lo anterior, del análisis sobre la parte motiva de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del enunciado, que contiene la prohibición de realizar inversiones por fuera del plan bienal, se advierte que el estudio efectuado en aquella oportunidad se circunscribía a establecer si dicha prohibición era inconstitucional respecto de las instituciones privadas y sólo en relación con éstas la Corte encontró que la norma constituía una restricción desproporcionada de sus garantías constitucionales, mientras que en relación con las instituciones públicas la Corte no hizo reparo alguno en tanto no era la materia objeto de estudio. Veamos:

“A juicio de la Corte, resulta acorde con la Carta el obligatorio cumplimiento de las metas señaladas por los planes bienales de inversiones en salud que se impone a las empresas públicas que concurren a la promoción o prestación de ese servicio público, pues al Estado corresponde garantizar la efectiva atención de la salud en todos sus niveles. Así, si la falta de recursos, equipos o de oferta de ciertos servicios compromete la efectividad del servicio público de salud, la amenaza correlativa de derechos fundamentales que estén en conexión inescindible con el derecho a la salud debe ser conjurada mediante la actuación planificada de las entidades públicas del sistema de seguridad social en salud.

Sin embargo, la obligatoriedad de tales planes bienales de salud respecto de las empresas privadas no resulta conforme con la Carta y menos aun la sanción que por incumplimiento de la prohibición de invertir por fuera de ellos se les impone, que consiste en su exclusión del sistema, todo lo cual resulta desproporcionado. En efecto, parece claro que la norma acusada elimina el esquema de libre competencia que el resto de las leyes que regulan el servicio

público de salud mantienen, pues, como se dijo, en lo sucesivo las empresas privadas que prestan servicios de salud sólo podrán invertir en aquellos proyectos y servicios de control especial de oferta que les sean autorizados en los planes bienales. Como el Ministerio de Salud puede incluir sin límites todos aquellos proyectos y servicios cuya oferta estime conveniente regular, en la práctica en relación con ellos no regirá un esquema de libre iniciativa privada, pues las entidades particulares tendrán que ofrecer exclusivamente lo que se les indique, so pena de quedar excluidas del sistema de seguridad social, lo cual en últimas equivale a excluirlas de la actividad y del mercado de estos servicios.” (Subraya y destacado fuera de texto).

Así las cosas, es forzoso concluir que la prohibición y la consecuencia jurídica por el incumplimiento de la misma, subsisten en relación con las entidades públicas, de manera que el examen procedería si en efecto se advierte que el demandante estructuró un cargo de inconstitucionalidad sobre esta materia. En estas condiciones, el inciso tercero del que hace parte la expresión acusada quedó reducido al siguiente enunciado “Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar⁷, la institución pública que realice inversiones por fuera del plan bienal, no podrá financiar con recursos del Sistema General de Participaciones el costo de la inversión o el de operación y funcionamiento de los nuevos servicios.”, el cual conservaría un contenido normativo autónomo y comprensible.

Ahora bien, restringiendo el examen al aparte acusado, es necesario hacer algunas precisiones: i.) No constituye una proposición jurídica completa, y en estas condiciones se justificaría realizar unidad normativa⁸ con el primer fragmento del inciso, en tanto la expresión subrayada por el demandante no tiene un contenido normativo autónomo y de ser declarado inexecutable, dejaría sin sentido el resto de la norma, razón por la cual la Corte advierte, que la proposición completa es la siguiente: “Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar”. Cabe señalar al respecto que es deber de la Corte, al igual que de todo juez, utilizar todos sus poderes a fin de evitar, hasta donde sea posible, los fallos inhibitorios, ya que la finalidad de los procedimientos es la prevalencia del derecho sustancial (CP art. 228 y C. de P. C arts 37 ord. 4º y 401). ii.) Así examinada, la Corte advierte que se trata de una disposición cuyo objeto no es tipificar sanción alguna. Sobre el particular es claro que la parte no demandada del inciso, es la que estructura la sanción y que la expresión bajo examen simplemente tiene como propósito que las sanciones administrativas a que hubiere lugar por el incumplimiento de la prohibición, no se excluyan con la sanción

establecida por la norma. Así las cosas, no es posible llevar a cabo un examen por el presunto incumplimiento del principio de legalidad sobre una sanción, tal como lo propone el actor, si el precepto normativo enjuiciado no la contiene y no tiene el propósito de hacerlo.

En este punto la Corte llama la atención sobre el hecho de que el actor no plantea un juicio de proporcionalidad ni cargo distinto en contra de la sanción que subsiste respecto de las entidades públicas por el incumplimiento del plan bienal de inversiones, pues su acusación se concentró en reparar sobre las consecuencias de la medida respecto de las instituciones privadas, y sobre ese punto en concreto versó la declaración de todos los intervinientes dentro del proceso y fue resuelto ya por la sentencia C-615 de 2002.

Así las cosas, la Corte se inhibirá de pronunciarse sobre la expresión señalada por el demandante porque el cargo resulta inepto para controvertir la constitucionalidad del aparte acusado.

- Respecto de la expresión, “serán sancionadas”, que hace parte del último inciso del artículo 65 de la Ley 715 de 2001, la Corte advierte, igualmente, que tampoco constituye una proposición jurídica completa, pues no tiene un contenido normativo autónomo y de ser declarado inexecutable dejaría sin sentido el resto de la norma. En consecuencia, para evitar un fallo inhibitorio, realizará unidad normativa así: “Las instituciones públicas o privadas⁹ que realicen inversiones en estas áreas no previstas en el plan bienal, serán sancionadas.” Al respecto, es preciso insistir en lo expresado por la jurisprudencia.

“Para que la Corte Constitucional pueda entrar a resolver sobre la demanda incoada por un ciudadano contra fragmentos normativos, resulta indispensable que lo acusado presente un contenido comprensible como regla de Derecho, susceptible de ser cotejado con los postulados y mandatos constitucionales. Las expresiones aisladas carentes de sentido propio, que no producen efectos jurídicos ni solas ni en conexidad con la disposición completa de la cual hacen parte, no son constitucionales ni inconstitucionales, lo que hace imposible que se lleve a cabo un juicio sobre la materia. Es necesario que, por una parte, exista proposición jurídica integral en lo acusado y que, por otra, en el supuesto de su inexecutable, los contenidos restantes de la norma conserven coherencia y produzcan efectos jurídicos”¹⁰. (Subraya fuera de texto).

En estas condiciones, se advierte, que el actor plantea que la disposición acusada configura

una sanción respecto de la cual no se fija la autoridad competente para imponerla, como tampoco el procedimiento, por lo que considera que se vulnera el debido proceso. Para la Corte el cargo no es de recibo, pues se funda sobre una interpretación equivocada de la norma.

En efecto, el Régimen de Seguridad Social en Salud, se encuentra constituido por una gran cantidad de normas que deben ser interpretadas de manera sistemática. Es así como la Corte observa, que el cargo del actor se edifica sobre una interpretación aislada de la norma, pues los elementos que echa de menos en la sanción y por cuya ausencia la norma incumpliría con el principio de legalidad, como lo son, la autoridad competente para imponer la sanción y el procedimiento, se encuentran de manera clara, en el conjunto normativo que rige la materia.

Así las cosas, es claro que el supuesto censurado por la norma respecto de las instituciones públicas, es el de realizar inversiones por fuera del denominado plan bienal de inversiones en salud y al respecto se dispone que, en caso de incumplimiento, éstas entidades no podrán financiar el costo de la inversión o el de operación y funcionamiento de los nuevos servicios con recursos del Sistema General de Participaciones y, además, los gerentes y las juntas directivas podrán ser destituidos por mala conducta.

Entre las disposiciones pertinentes que sirven al esclarecimiento de los reparos del actor, es preciso remitirse a aquellas que rigen el funcionamiento de la Superintendencia Nacional de Salud, entidad que entre sus funciones tiene la de imponer sanciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2165 de 1992.

“ARTICULO 3o. FUNCIONES. – En desarrollo de su objetivo y sin perjuicio de la competencia que le corresponde al Ministerio de Salud y a los demás organismos públicos, la Superintendencia Nacional de Salud cumplirá las siguientes funciones:

(...)

19. Imponer las sanciones pertinentes a las entidades públicas o privadas, a los representantes legales, a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos o Juntas Administradoras que sean funcionarios públicos, así como a los demás empleados oficiales de las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control, de conformidad con las

disposiciones legales y reglamentarias vigentes; (Subrayas fuera de texto)

En cuanto al procedimiento que debe observar para el efecto, el Capítulo III del Decreto referido hace las precisiones necesarias y, de ellas, vale destacar la contenida en el artículo 30 que dispone:

1. Diligencias preliminares, cuando sean del caso;
2. Investigación administrativa;
3. Calificación y sanción.”

Ahora bien, la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud en esta materia, también se establece claramente de la observancia de los objetivos y los sujetos sobre los cuales ejerce las funciones asignadas por la ley. Al respecto es preciso, entonces, hacer mención de algunas disposiciones del Decreto 1259 de 1994:

“Artículo 3º. Objetivos. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones que legalmente le competen, en materia de inspección, vigilancia y control, para alcanzar los siguientes objetivos, en coordinación con las demás autoridades del ramo en lo que a ellas compete dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud:

(...)

2. La eficiencia en la utilización de los recursos fiscales, con destino a la prestación de los servicios del Sistema de Seguridad Social en Salud.

3. La oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los recursos fiscales y demás arbitrios rentísticos, cualquiera que sea su origen, con destino a la prestación de los servicios de salud.

(...)

Artículo 4º. Sujetos de inspección, vigilancia, y control. Corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud la inspección, vigilancia y control de los siguientes sujetos:

5. Las instituciones prestadoras de servicios de salud, que integran los subsectores oficial y privado del sector salud, así como de otros sectores cualquiera sea su naturaleza y denominación.

(...)

Artículo 5º. Funciones y facultades de la Superintendencia Nacional de Salud. Los objetivos antes señalados los desarrollará la Superintendencia Nacional de Salud mediante el ejercicio y desarrollo de las siguientes funciones y facultades:

(...)

4. Velar por el adecuado financiamiento y aplicación de los recursos públicos del Sistema de Seguridad Social en Salud.

(...)

8. Velar, de conformidad con las disposiciones legales, por la oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los recursos fiscales y demás arbitrios rentísticos, cualquiera que sea su origen, con destinación a la prestación de los servicios de salud.

(...)

29. Las demás que conforme a las disposiciones legales pueda desarrollar.

Ahora bien, del estudio de las normas referidas, para la Corte no cabe duda que entre los sujetos sobre los cuales la Superintendencia Nacional de Salud ejerce sus funciones, se encuentran las instituciones públicas a las que hace referencia la norma acusada, y su competencia expresa para la imposición de sanciones administrativas, se encuentra también en el régimen analizado.

De manera que el cargo expuesto por el actor respecto de la expresión enjuiciada no está llamado a prosperar, por cuanto como quedó demostrado, su acusación obedece a una interpretación aislada y restringida que no toma en cuenta el conjunto de normas que son aplicables.

3.2. La supuesta vulneración de la reserva de ley orgánica.

Según el actor, la vulneración de la reserva de ley orgánica tiene lugar por cuanto el contenido de los artículos demandados es extraño a la condición jurídica particular de una ley de dicha naturaleza, lo cual, en su criterio, haría “inane la clasificación que de las distintas leyes realiza la Carta Magna”, pues se trata de normas que modifican el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 y regulan asuntos relacionados con la seguridad social en salud, que son del resorte de leyes ordinarias.

Aún cuando la Corte admitiera, que la materia regulada por los artículos acusados fuera propia de leyes ordinarias, el cargo del actor no está llamado a prosperar, pues de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que esta circunstancia -leyes orgánicas que disponen sobre materias de leyes ordinarias-, no da lugar a la declaratoria de inexequibilidad siempre que la norma bajo examen guarde un grado de conexidad temática razonable. Al respecto la Corte hizo las siguientes precisiones:

“Sin embargo, en esos eventos no procede que la Corte retire del ordenamiento esas disposiciones pues uno de los principios que orienta la interpretación constitucional es lo que algunos sectores de la doctrina han denominado el “principio de la conservación del derecho”¹¹, según el cual, los tribunales constitucionales deben no sólo maximizar la fuerza de los contenidos normativos de la Carta sino también evitar el desmantelamiento del orden jurídico. Por ello es siempre preferible aquella decisión constitucional que, dentro de los marcos de la Carta, permite preservar la labor del Congreso, que aquella que supone su anulación. No es pues razonable que la Corte declare la inexequibilidad de aquellas normas que fueron aprobadas como orgánicas pero que son propias de la ley ordinaria, por las siguientes dos razones: de un lado, por cuanto las mayorías requeridas para aprobar una norma orgánica son suficientes para aprobar una ley ordinaria. No habría ningún vicio por este aspecto. Y, de otro lado, si la Corte busca proteger la competencia de las leyes ordinarias, no requiere anular esas disposiciones sino simplemente señalar que esas normas no son orgánicas y pueden por ende ser modificadas por normas legales ordinarias.” Sentencia C-600A de 1995.

Así las cosas, para la Corte es claro que en la demanda no se plantea en realidad la vulneración a la reserva de ley orgánica, sino que se formula el desconocimiento a lo que

podría denominarse reserva de ley ordinaria, como quiera que lo que el actor discute, es la modificación de normas de naturaleza ordinaria por otras que fueron aprobadas como orgánicas.

Al respecto, debe reconocerse que la objeción podría ser válida en la medida en que no es admisible que temáticas propias de leyes ordinarias se establezcan como orgánicas, con el único propósito de inflexibilizar su eventual modificación, sin embargo, esa circunstancia no da lugar a la declaratoria de inexecutable en los términos expuestos por la jurisprudencia transcrita.¹²

Ahora bien, sobre este tema la Corte ha precisado, además, que "... una ley puede contener normas orgánicas y normas ordinarias siempre que atienda cuatro condiciones esenciales: 1ª. El respeto al principio de unidad de materia; 2ª. Que se cumplan los principios constitucionales generales que regulan el proceso legislativo, 3ª. Que se aplique el criterio de especialidad en la reserva de ley orgánica y, por lo tanto, puedan coexistir temas de leyes orgánicas siempre y cuando exista conexidad razonable entre ellos y no se presente una separación rígida en los temas regulados, y 4ª. Que la aprobación de las materias de ley orgánica se haga en cumplimiento de los requisitos especiales consagrados en el artículo 151 de la Constitución Política." Sentencia C-540 de 2001.

No obstante observa la Corte, que el actor no formula sobre alguna de estas condiciones reparo alguno, pues el cargo se funda de manera exclusiva en el argumento de que los artículos acusados modifican normas de naturaleza ordinaria y esa circunstancia por sí sola, no conduce a la conclusión pretendida. Ahora bien, la Corte advierte que no existe falta de conexidad entre las normas enjuiciadas y la temática general regulada por la ley y no cabe entonces reproche alguno por la eventual ruptura de la unidad de materia.

Por lo anterior, no procede la declaratoria de inexecutable por este cargo.

3.3. Vigencia de la Ley 715 de 2001.

En relación con la presunta inconstitucionalidad de la Ley 715 de 2001, por haber empezado a regir antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2001 que le sirve de fundamento, esta Corporación se pronunció en sentencia C-618 de 2002, que en su parte resolutoria expresó:

“Quinto.- Declarar exequible la Ley 715 de 2001 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, por el cargo relativo a su vigencia.”

Como sustento de esta decisión en la parte motiva de dicha providencia se expreso:

“El hecho de que una norma no haya entrado en vigencia, queriendo decir con ello “que aún no rige”, “que aún no debe ser acatada”, de ninguna manera implica “que no existe”, “que no forma parte del ordenamiento”. Por ejemplo, la Sala Plena de la Corte Constitucional ha aceptado en el pasado demandas contra normas que por existir pueden ser objeto de control de constitucionalidad, a pesar de no estar vigentes aún. Tal fue el caso de los nuevos códigos penales; tanto el Código Penal como el de Procedimiento Penal fueron demandados ante esta Corporación en su integridad, por razones formales, y varias de sus normas lo fueron, por razones materiales, a pesar de que aún no estaban vigentes.¹³

(...)

5.2. Ahora bien, pero incluso si se acepta el argumento anterior, existiría una objeción adicional. Se podría alegar que si bien no hay inconveniente en presentar el proyecto de ley al Congreso para su estudio, lo que si es absurdo es que la Ley 715 de 2001, mediante la cual se desarrollaba la reforma constitucional referida, entró en vigencia antes que dicha reforma. En efecto, mientras que la reforma entró en vigencia el 1 de enero de 2002, la Ley 715 entró en vigencia el día de su sanción y publicación el 21 de diciembre.

La Sala Plena de la Corte considera que, jurídicamente, la Ley no podía entrar en vigencia antes de que comenzara a regir el Acto Legislativo, por cuanto éste constituye el fundamento de aquella, pero ello no implica la inconstitucionalidad de la Ley 715 de 2001, ni de su artículo 113, en el cual se determina a partir de cuándo es su vigencia, por las razones que se pasan a exponer.

5.2.1. En primer lugar la norma que establece cuándo entra en vigencia la Ley 715 de 2001, artículo 113, no estableció una fecha específica. Si se contrasta la disposición legal con la constitucional, se advierte que la primera no desconoce la fecha de entrada en vigencia de la

segunda (enero 1 de 2002). El legislador optó por una fórmula que no señala la fecha precisa de entrada en vigor de la ley: “a partir de la fecha de su sanción”.

El Legislador sabía que en la medida que la Ley 715 de 2001 tenía más de 50 artículos, el Gobierno disponía del término de hasta veinte días para sancionarlo y promulgarlo, según lo establece el artículo 166 de la Constitución. En el presente caso, si el Presidente de la República hubiese sancionado la Ley, como es usual, al finalizar el plazo con que contaba, lo hubiera hecho después del primero de enero de 2002, cuando ya la reforma constitucional estaba en vigencia. Sin embargo, debido a que el Presidente optó por sancionarla y promulgarla tan sólo transcurridos dos días del plazo, el 21 de diciembre de 2001, la disposición legal entró en vigencia antes que la norma constitucional desarrollada por ella.

Entonces, la falta de sincronía en la fecha de vigencia del Acto Legislativo y de la ley que lo desarrolló resulta de una cuestión de hecho aleatoria, no de una contradicción material entre lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 715 y el Acto Legislativo.

5.2.2. En segundo lugar, subraya la Corte que el control de constitucionalidad que ejerce lo hace con base en la confrontación de las normas legales acusadas, con las normas constitucionales actuales. De tal forma que si bien pudo ser cierto que en el momento en que la Ley acusada fue sancionada aún no regía el Acto Legislativo 01 de 2001, en el momento en que corresponde a la Corte hacer el estudio de constitucionalidad, esto es, a la fecha, ambas normas existen y están vigentes. No hay lugar, entonces, a declarar inexecutable toda la ley ni el artículo 113 de la misma.

5.3. En razón a las consideraciones precedentes, la Corte decide que aunque el Gobierno no incurrió en violación de norma constitucional alguna al haber presentado el proyecto de ley en cuestión el 8 de septiembre, por las razones antes expuestas, es necesario restablecer la sincronía entre las dos fechas de entrada en vigor de la Ley 715 y del Acto Legislativo. Por lo tanto, la Corte resolverá declarar executable el artículo 113 de la Ley 715 de 2001 en el entendido de que dicha ley entra en vigencia sólo a partir del primero de enero de 2002.

5.4. Declarar inexecutable el artículo 113 en razón a dicha falta de sincronía no es la sanción jurídica adecuada. Primero, porque dicha norma no es materialmente incompatible con la Constitución.

Segundo, porque en atención al principio de la conservación del derecho, el juez constitucional debe propender por preservar las normas adoptadas por el legislador. El esfuerzo que implica para una sociedad la creación de una ley invita al juez constitucional, en principio, a conservar el derecho, no a desmantelarlo.¹⁴

Tercero, porque la ley quedaría sin norma relativa a su vigencia y las disposiciones supletorias al respecto no respetarían, de aplicarse en el caso concreto, la voluntad del constituyente plasmada en el Acto Legislativo citado.¹⁵

5.5. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior y que el argumento para acusar de inconstitucional la totalidad de la Ley 715 de 2001 se funda en el supuesto desconocimiento de la voluntad del constituyente, respecto a cuándo debía entrar en vigencia la Ley, es preciso concluir que este cargo no procede. La voluntad del constituyente de que el artículo constitucional comenzara a regir junto con la Ley que lo desarrollaba, fue entendida y acatada cabalmente por el legislador. Además la ley no contradice ningún artículo de la Constitución, respecto del punto específico aquí analizado.”

Bajo estas condiciones y como quiera que tanto los cargos como la norma, coinciden con el objeto de estudio en la presente providencia, la Corte habrá de estarse a lo resuelto en la sentencia referida.

3.4. Demanda de inconstitucionalidad presentada por apoderado.

En cuanto al reparo expuesto por el representante del Ministerio de Salud, según el cual no es posible que personas jurídicas actúen mediante apoderado con el fin de interponer demandas de inconstitucionalidad, es preciso tener en cuenta las precisiones hechas por la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema:

“Si, aun invocando la representación de una persona jurídica, quien presenta la demanda es un ciudadano en ejercicio, el tribunal encargado de guardar la supremacía y la integridad de la Constitución y a cuya responsabilidad se ha confiado la interpretación auténtica de los principios y preceptos fundamentales mal podría negarle el ejercicio de uno de sus derechos, impidiendo mediante rechazo de la demanda o por sentencia inhibitoria el efectivo acceso a la administración de justicia constitucional por la sola circunstancia de no haber declarado en forma expresa, mediante fórmula sacramental, que hace uso de su condición de ciudadano

para incoar la acción que la Constitución le ofrece con el objeto de que pueda por sí misma defender el orden jurídico. Ello chocaría sin duda con el criterio amplio, informal y participativo que predomina en la Carta Política de 1991 y haría prevalecer, contra expresa norma superior, las formalidades vacías e innecesarias sobre los contenidos prevalentes del Derecho sustancial. Lo dicho aparece de bulto cuando se tiene en cuenta que ciertos cargos, ejercidos en representación de personas públicas suponen la posesión del estado de ciudadanía, por lo cual, si quien suscribe la demanda se encuentra desempeñando uno de ellos, debe admitirse que es ciudadano y que hace uso de su propio derecho, así no lo invoque de manera expresa.” Sentencia C-275 de 1996. (Subraya fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra que el reparo no procede en tanto la demanda bajo estudio, no obstante, se presentó en ejercicio de un poder conferido por una persona jurídica y el representante no declaró hacer uso de su condición de ciudadano, fue suscrita por éste como tal y en esa medida es necesario hacer prevalecer su derecho para ejercer acciones públicas sobre las formalidades pretendidas por el representante del Ministerio de Salud.

4. El análisis del cargo respecto del artículo 51 de la ley 715

4.1. Los recursos a que se refiere la norma cuestionada, composición de la unidad de pago por capitación subsidiada UPC-S.

Como se advierte de manera clara del examen de las normas pertinentes de la ley 100 de 1993 y de la propia ley 715 de 2001, los recursos del régimen subsidiado de salud son de origen netamente público, pues ellos provienen del denominado Sistema General de Participaciones¹⁶, (antiguamente transferencias y participación en los ingresos corrientes de la Nación), de los recursos de cofinanciación derivados de la segunda subcuenta del fondo de solidaridad y garantía¹⁷, así como aquellos que provengan del esfuerzo fiscal territorial y se destinen a esos efectos. Con cargo a dichos recursos, se reconoce a las ARS, por cada uno de sus afiliados, la denominada unidad de pago por capitación subsidiada UPC-S (Ley 100 de 1993 Artículo 182). Por la gestión de organizar y garantizar el POS-S, las ARS tienen derecho entonces, a recibir como retribución una proporción de la UPC-S vigente.

Por su parte, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, conforme al literal f) del artículo 156, el numeral 2 del artículo 172 y el artículo 212 de la Ley 100 de 1993, define de

manera periódica el valor de la UPC-S, valga decir, el costo por cada persona afiliada y beneficiaria del régimen subsidiado. En ejercicio de dicha competencia, mediante los acuerdos respectivos establece cuál será el gasto que obligatoriamente deben ejecutar las ARS para el cubrimiento del POS-S. Así las cosas, conforme al Acuerdo No. 158 del CNSSS, no menos del 85% será destinado a la prestación de los servicios de salud.

“ARTÍCULO 1º.- Modifícase el artículo 3º del Acuerdo 114 el cual quedará así:

“ARTÍCULO 3º.- Porcentaje mínimo de la UPC-S destinado a la prestación de servicios de salud. Las Administradoras del Régimen Subsidiado deberán destinar como mínimo de los ingresos por concepto de UPC-S, el 85% a prestación de servicios de salud.

Al finalizar cada ejercicio anual, las ARS deberán constituir una provisión a favor del Sistema con los recursos que resulten de descontar del valor total de las UPC-S que ingresaron efectivamente a las ARS por la totalidad de sus contratos de aseguramiento suscritos durante el año, discriminando por Entidad Territorial, los gastos causados en prestación de servicios de salud del POS-S y el valor proporcional de la póliza para enfermedades de alto costo que corresponda al ejercicio.

Los recursos de esta provisión deberán invertirse en el mercado financiero, en papeles que cumplan con los principios generales para la constitución del portafolio público, de seguridad, liquidez y rentabilidad; registrarse en la contabilidad de las ARS y reflejarse en sus estados financieros, de conformidad con las instrucciones de la Superintendencia Nacional de Salud. Dichos recursos sólo podrán utilizarse para gastos en salud del POS-S, cuando el porcentaje de la UPC-S definido en el presente artículo para gasto en prestación de servicios de salud, sea insuficiente. (Subraya fuera de texto).

Ahora bien, con ocasión del traslado de las competencias de promoción y prevención en salud a los distritos y municipios de conformidad con el artículo 46 de la Ley 715 de 2001, el CNSSS definió cuál sería el porcentaje de la UPS-S que administrarán en adelante estas entidades para hacerse cargo de esas nuevas responsabilidades. Así, el acuerdo No. 229 de 2002 precisó:

“CAPITULO III

Proporción de la UPC-S destinada a la financiación de las acciones de promoción y prevención.

Artículo 6°. Proporción de la UPC-S destinada a la financiación de las acciones de promoción y prevención en distritos y municipios. La prestación de las actividades, procedimientos e intervenciones definidas en el presente acuerdo a cargo de las entidades territoriales del orden distrital y municipal y su administración será financiada con el 4.01% de la UPC-S correspondiente al total de la población afiliada por la cual se reconoce la UPC-S en el área de su jurisdicción, exceptuando lo correspondiente a la población afiliada a las EPS y ARS indígenas”.

Finalmente, la proporción que se destina como retribución de la gestión de las ARS no ha sido definida de manera expresa en ninguno de los acuerdos, no obstante, se ha entendido que el remanente que no se encuentra destinado al cubrimiento del POS-S a cargo de las ARS y las acciones de promoción y prevención que llevan a cabo los distritos y municipios, se imputa a cubrir los costos por ese concepto.¹⁸

4.2. Como ya se expresó, el demandante señala que el primer inciso, que él subraya, del artículo 51 de la Ley 715 de 2001, resulta violatorio del artículo 333 de la Constitución.

Sobre el particular y en alusión a que dentro de las entidades que administran los recursos del régimen subsidiado de salud se encuentran habilitadas entre ellas las Cajas de Compensación Familiar, expresa que a éstas se les somete para efectos de la contratación con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas, a los parámetros que en términos conceptuales allí se señalan, lo cual en su opinión, restringe o limita su actividad en materia contractual que es consustancial a la misma empresa o iniciativa privada la cual se fundamenta en la libertad de organización de los factores de la producción que incluye la libertad contractual (invoca al efecto la sentencia C-616 de 2002 de esta Corporación).

Afirma así mismo el demandante, que el artículo 51 acusado al regular aspectos de contratación de las entidades privadas que administran los recursos de régimen subsidiado limita la autonomía, la libertad económica, la libertad de empresa y la libertad de competencia de las citadas entidades “entre ellas las de las Cajas de Compensación

Familiar”, violando desde este punto de vista el artículo 333 de la Constitución Política.

Los planteamientos de inconstitucionalidad del demandante deben resolverse entonces, como lo señala el señor Procurador en su concepto, buscando responder si la libre iniciativa privada y la propiedad garantizadas constitucionalmente resultan vulneradas en la medida en que la norma acusada obliga a las entidades que administran recursos de régimen subsidiado de salud, a contratar con las instituciones prestadoras de servicios de salud pública del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato, no menos de 40% de la unidad de pago subsidiada o no menos del 50% cuando existan en la entidad territorial hospitales públicos de mediana y alta complejidad.

En armonía con lo anterior, la respuesta que pueda darse a los planteamientos del actor, debe tener en cuenta no solo el artículo 333 de la C.P. invocado, sino también los preceptos contenidos en los artículos 48, 49, 334 y 365 de la Carta Política y las reglas superiores invocadas en el encabezamiento de la propia ley 715, habida cuenta del origen y consecuencias características de los recursos económicos cuya gestión corresponde a las administradoras del régimen subsidiado de salud, abstracción hecha de la naturaleza pública o privada de las mismas.

4.2.1. Como actividad encaminada a la satisfacción de un derecho irrenunciable de todos los habitantes, la seguridad social ha sido señalada como servicio público (Artículo 48), por ende, sujeta a un régimen especial cuyas características y elementos básicos vienen dados por la propia Constitución, que al efecto señala que este es un servicio de carácter obligatorio que ha de prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

Ahora bien, la Constitución prevé que dicho servicio pueda ser prestado por el Estado y los particulares y que la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social deberá hacerse con la participación de los particulares y comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley¹⁹.

Finalmente, la regla constitucional indica que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de seguridad social para fines diferentes a ella.

Así las cosas, la actuación de las entidades privadas dentro del marco del servicio público ha de tener su fundamento en el artículo 333 y su acción debe estar amparada por el principio de competencia en condiciones de igualdad, sin que se afecten los principios y reglas de los servicios públicos en general (artículo 365), y de los servicios públicos de la seguridad social y de salud, en especial (artículo 48).

Al respecto cabe recordar que conforme al artículo 153 de la Ley 100 de 1993, además de los principios consagrados en la Constitución, son reglas del servicio público de salud, “rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, entre otras, las siguientes:

- * Equidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud, proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad, a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago.

- * Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia.

- * Protección Integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud, brindará atención en salud integral a la población.

- * Libre Escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud, permitirá la participación de las diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado, y asegurará a los usuarios, la libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible, según las condiciones de oferta de servicios.

- * Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los

usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesionales.

4.2.2. En ese orden de ideas, para los efectos de despejar la constitucionalidad de la disposición sometida al examen de la Corte, debe reiterarse la orientación de la jurisprudencia constitucional en el sentido de que el derecho a la libre competencia no es absoluto, y que en este caso tiene límite en los principios propios del servicio público de la seguridad social en salud (artículos 48 y 49 C.P.), en cuanto corresponde al Estado establecer las políticas para la prestación del servicio de salud por las entidades privadas y ejercer su inspección, vigilancia y control²⁰ y en las especiales potestades de intervención que se derivan del artículo 334, cuando se expresa que el Estado 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.

Así mismo cabe recordar que el artículo 334 señala potestad especial de intervención para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Entonces, a la pregunta de si el Estado puede limitar la acción de las entidades, ya sean públicas ya sean privadas que actúan en el Sistema de Seguridad Social, hay que responder afirmativamente, pues se trata de una actividad cuya dirección y control compete al Estado y sobre la cual está habilitado para intervenir con las finalidades ya expresadas.

En efecto, como lo ha expresado de tiempo atrás esta Corporación, la seguridad social en salud fue concebida en la Ley 100 de 1993 como un sistema destinado a la dirección, regulación, control y vigilancia del servicio público esencial de salud y a crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención que permiten garantizar a todas las personas sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, bajo el imperio del estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del interés general; con esa finalidad el Estado debe crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de todos a la atención básica en salud, ampliando progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud y garantizando la protección y la recuperación de la salud a los habitantes del país.²¹

En los recientes pronunciamientos ya aludidos, esta Corte ha recordado que “sin que ésta sea la única alternativa legislativa que se acomode a la Constitución también en materia de prestación del servicio público de la seguridad social en 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 artículo 49 ibidem, según el cual la seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley” 22.

También ha recordado la Corte que dentro del marco constitucional, el legislador puede recurrir a distintos modelos o diseños para completar estos derechos prestacionales en un determinado Sistema de Seguridad Social, “la Constitución no opta por un Sistema de Salud y Seguridad Social de carácter estrictamente público ni por un sistema puramente privado cuando en su artículo 48 señala que la seguridad social puede ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley”23.

Es decir, que en ejercicio de su potestad de configuración para regular el mencionado servicio público el legislador optó por un sistema que permite la concurrencia del Estado y de los particulares en la prestación del mismo dentro del esquema de la libre competencia.

4.2.3 En el contexto de la Ley 715 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo No. 01 de 2001) de la C. P., y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, la norma acusada como ya se recordó forma parte del título, III sector Salud y del Capítulo III de dicho título, que hace referencia a la distribución de recursos para la salud, donde se regula de manera particular lo relativo a:

* El destino de los recursos del Sistema General de Participación para Salud, así el artículo 47 prevé que los recursos del Sistema General en Participaciones en Salud se destinaran a

financiar los gastos en salud entre otros en los siguientes componentes:

- * Financiación o cofinanciación de subsidios a la demanda de manera progresiva hasta lograr y sostener la cobertura total.
- * Prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.
- * Financiación a la población pobre mediante subsidios a la demanda. Al respecto el artículo 48 señala que los recursos del Sistema General de Participaciones, destinados para la financiación de la población pobre mediante subsidios a la demanda, serán los asignados con ese propósito en la vigencia inmediatamente anterior, incrementados en la inflación causada
- * y en el crecimiento real de los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud, tales recursos serán distribuidos entre distritos municipios y corregimientos departamentales.
- * Distribución de los recursos de la participación para la prestación del servicio de salud a la población pobre con lo no cubierto con subsidios a la demanda (Artículo 49)
- * Recursos complementarios para el financiamiento de los subsidios a la demanda.
- * Contratación de la prestación de los servicios en el régimen subsidiado.

* Distribución de los recursos para financiar las acciones de salud pública definidas como prioritarios para el país por el Ministerio de salud (artículo 52).

* Transferencia de recursos (Artículo 53).

Es pertinente señalar también que, “entre las disposiciones generales del sector salud” el capítulo IV de la ley 715 prevé que “el servicio de salud a nivel territorial deberá prestarse mediante la integración de redes que permitan la articulación de las unidades prestadoras de servicio de salud, la utilización adecuada de la oferta de salud, la racionalización del costo de las atenciones en beneficio de la población, así como la optimización de la infraestructura que la soporta. La red de servicios de salud se organizará por grados de complejidad relacionados entre sí mediante un sistema de referencia y contrarreferencia que provea las normas técnicas y administrativa, con el fin de prestar al usuario servicios de salud acordes con sus necesidades, atendiendo los requerimientos de eficiencia y oportunidad de acuerdo con la reglamentación que para tales efectos expida el Ministerio de Salud”.

4.2.4. En armonía con el marco conceptual y constitucional recordado, se tiene que conforme a la norma demandada, de manera específica se ordena que las entidades que administran los recursos del régimen subsidiado de salud (sean públicas o privadas), deben contratar y ejecutar con las instituciones prestadoras de servicio de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato, no menos del 40% de la unidad de pago por capitación subsidiada “efectivamente contratadas” con la respectiva entidad administradora de régimen subsidiado. Que en caso de existir en el municipio o distrito respectivo, hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial, dicha proporción no será menor al 50% y que todo lo anterior será aplicable “siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes”.

Entonces el artículo 51 acusado, contiene una regla sobre cómo ha de orientarse la utilización de los recursos del régimen subsidiado por parte de las administradoras del mismo, con el propósito -conforme a lo expresado en la exposición de motivos respectiva y

en las ponencias dentro del trámite legislativo-, de “proteger la red pública hospitalaria a la cual se ha dedicado esfuerzos fiscales desde el siglo XIX, e incluso han contado con las contribuciones generosas de personas y entidades solventes que han contribuido a su sostenimiento y a la mejora de su infraestructura física, y en este sentido se han orientado los textos del proyecto”.²⁴

Evidentemente que la disposición acusada introduce una modificación a la contratación de las administradoras del régimen subsidiado, por cuanto en adelante deberán contratar y ejecutar un porcentaje de los recursos representados por el monto la unidad de pago por capitación que les corresponda administrar, en virtud de los contratos que tengan celebrados con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato. En el caso de existir en el municipio o distrito respectivo, hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial, dicha proporción no será menor al 50%. Todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes.

Así mismo es claro que como lo ha destacado esta Corporación, según lo recuerda el demandante, el régimen contractual forma parte de la libertad de empresa y que en ese orden de ideas al resultar aquel afectado, ésta también lo estaría.

Con el fin de determinar la relevancia constitucional de la afectación destacada, es necesario establecer si la misma cumple con las exigencias que en casos como el presente debe cotejar el juez de constitucionalidad.

En ese orden de ideas encuentra la Corte, que la finalidad de la norma resulta legítima pues como lo destaca el interviniente por la Academia Colombiana de Jurisprudencia, siguiendo la jurisprudencia de la Corte, una de las libertades implícitamente protegidas por la libertad de empresa es la libertad contractual que no se debe interpretar en un caso como el presente, en forma aislada, sino en armonía con las características propias del servicio de seguridad social en salud que imponen al Estado verificar la actuación y evaluar a las entidades que actúan en el sector pues a aquél compete, de acuerdo con la Constitución, la dirección, coordinación y control de dicho servicio.

Ahora bien, es lo cierto que la norma acusada como expresa la vista fiscal, puede afectar la

eficacia del Sistema de Seguridad Social (artículo 48 C.P.) que ha de tomarse precisamente de manera integral en relación con todos y cada uno de sus componentes y fases y el derecho de escogencia que debe asistir a los usuarios para la cabal realización de su derecho.

Así las cosas, si el Sistema de Seguridad Social en Salud ha sido configurado por el legislador a partir de las previsiones constitucionales, como un sistema ordenador de un servicio público donde están llamados a participar en las diferentes fases, tanto agentes públicos como privados, debe respetarse a unos y otros la concurrencia en términos de igualdad pues así como no sería aceptable que los particulares fueren abocados a una competencia simplemente formal, no tanto en el ingreso sino en la permanencia en el sistema de prestación del servicio, tampoco lo sería que las entidades públicas y que en último análisis la sociedad en su conjunto hubiera de asumir cargas que redundaran no en beneficio del servicio y su cabal prestación, sino de los agentes particulares que en ejercicio de su libre iniciativa y libertad de empresa acceden a la prestación.

Dicha igualdad, como corresponde a la configuración del Estado Social de Derecho, debe, en último análisis, ser protectora de la realización de los principios de eficacia en la prestación y de la libre escogencia de los usuarios, quienes pueden verse afectados, cuando, en aras de apoyar la reestructuración y fortalecimiento de los organismos públicos de prestación de los servicios, se restringe la acción en competencia de las administradoras del régimen subsidiado (y la aseveración vale tanto para las ARS públicas como privadas).

Al respecto la Corte encuentra, de una parte, que resulta plausible la finalidad de la norma acusada en cuanto la ley puede determinar cómo se ha de prestar el servicio de seguridad social, toda vez que como ya se expresó, la Carta no se inclina por un sistema excluyente de prestación del mismo y asegurar para la sociedad que los agentes públicos que actúen directamente lo hagan en condiciones de igualdad, en cuanto a calidad y eficacia; de otra parte, habida cuenta del origen de los recursos económicos destinados al régimen subsidiado, bien puede la ley establecer reglas tendientes a proteger la red pública hospitalaria sin que se afecten los principios propios del Sistema de Seguridad Social en Salud ni el ejercicio de una actividad que ha sido diseñada legalmente para que se ejercite y realice en concurrencia por organismos públicos y privados.

La Corte, apartándose de la vista fiscal, encuentra que la propia norma acusada suministra los elementos de protección necesarios de los bienes constitucionales en juego frente a disposiciones como la que es objeto de análisis tanto para garantizar la eficiencia del servicio como las condiciones de equilibrio en la operación del mismo. En efecto, la última parte del inciso acusado del artículo 51 de la ley expresa que la exigencia de contratación con las instituciones prestadoras de los servicios de salud del orden municipal, en los porcentajes que en la norma se señalan “siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes”.

Si bien la disposición no precisa en forma explícita que la oferta pública debe garantizar la calidad y eficacia propias del sistema, va de suyo que dicha oferta de servicios públicos por parte de las mencionadas entidades públicas a que se refiere la norma, debe entenderse en los términos de las regulaciones propias del sistema de seguridad social en salud, es decir, que sea una oferta que se ajuste a los principios y reglas que arriba se han señalado y que son imperativos para todos los agentes del servicio público de seguridad social en salud, públicos o y privados. Corresponderá, por ende, a las autoridades de dirección y supervisión del sistema constatar que la oferta pública presenta condiciones de calidad y de eficiencia a que se refieren las disposiciones de la ley 100 de 1993 (artículo 153) y que en consecuencia se configura de manera plena el supuesto de la norma y por ello debe tener cabal aplicación en el caso específico.

En conclusión, encuentra la Corte que la formulación normativa acusada, no atenta contra los principios de la libre competencia y de la libertad de empresa cuando dispone que las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán, en los porcentajes señalados en ella misma, con instituciones prestadoras de servicios de salud del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato, pues el análisis constitucional de la misma debe considerar, según lo expresado en esta providencia, siguiendo línea jurisprudencial estable sobre la materia, que dichos principios deben armonizarse con las potestades especiales de intervención y con los principios y reglas propios de los servicios públicos, y en especial de los servicios públicos de seguridad social y de salud.

En consecuencia la Corte declarará conforme a la Constitución el primer inciso del artículo 51 de la ley 715 de 2001 y por ende exequible.

VIII. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-791 de 2002 que declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 46 de la Ley 715 de 2001.

Segundo.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-615 de 2002 que declaró la inexequibilidad de las siguientes expresiones contenidas en el artículo 65 de la Ley 715 de 2001: “y privadas en salud” del inciso primero, “Cuando las instituciones privadas realicen inversiones por fuera del plan bienal, no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud” del inciso tercero, “o privadas” así como “y las instituciones privadas no podrán ser contratadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud” del inciso cuarto.

Tercero.- INHIBIRSE para decidir de fondo sobre la constitucionalidad de la expresión “Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la institución pública que realice inversiones por fuera del plan bienal, no podrá financiar con recursos del Sistema General de Participaciones el costo de la inversión o el de operación y funcionamiento de los nuevos servicios” del inciso tercero del artículo 65 de la Ley 715 de 2001.

Cuarto.- Declarar EXEQUIBLE pero solo por el cargo estudiado, el primer inciso acusado del artículo 51 de la Ley 715 de 2001.

Quinto.- Declarar EXEQUIBLE por los cargos analizados en la presente providencia la expresión “Las instituciones públicas que realicen inversiones en estas áreas no previstas en el plan bienal, serán sancionadas” del último inciso del artículo 65 de la Ley 715 de 2001.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-915/02

Aclaro mi voto en relación con el contenido de la parte resolutive de la Sentencia C-915 de 29 de octubre de 2002, pues en las Sentencias C-617 y C-618 de 2002, consideré que la Ley 715 de 2001, en su integridad, es inexecutable razón por la cual en esas oportunidades discrepé de la mayoría de la Sala y salvé el voto.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Aclaración de voto a la Sentencia C-915/02

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Integral (Aclaración de voto)

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Libre escogencia para usuarios (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-4014

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 46, 51 y 65 (parciales) de la Ley 715 de 2001 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con lo artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”

Actor: Diego Younes Moreno

Magistrado Ponente:

ALVARO TAFUR GALVIS

Si bien, como es obvio, comparto la decisión adoptada así como los argumentos expresados en la parte motiva de la sentencia tal como fue aprobada y suscrita por todos los Magistrados, considero pertinente aclarar mi voto respecto de las consideraciones que sirven de base a la declaratoria de constitucionalidad del artículo 51 de la Ley 715 en el sentido de que la Corte ha debido adelantar un estudio integral de la misma disposición frente al conjunto de las normas constitucionales y no tan solo circunscrito al cargo explícitamente aducido por el demandante, esto es el relativo a la violación del artículo 333 de la Constitución y llegar a una decisión con efecto de cosa juzgada absoluta, al haber analizado la correspondencia integral entre la disposición acusada y reglas constitucionales como las contenidas en los artículos 48 y 49 de la Constitución.

Efectivamente, si bien dentro de la perspectiva de la providencia tal como fue aprobada, es claro que la disposición acusada no atenta contra la libre iniciativa ni contra la libre competencia en condiciones de igualdad y que responde a una finalidad básica de

intervención del Estado, es también cierto, que desde la perspectiva del derecho a la seguridad social y a la salud, proclamados en los mencionados artículos 48 y 49 de la Constitución, cabía analizar de manera detenida si la disposición acusada es cabalmente protectora de los principios de universalidad del servicio y su consecuente de libre escogencia de los usuarios, como lo propuso la vista fiscal y se estudiaba en el proyecto sometido a la consideración de la Sala Plena.

En ese orden de ideas, la puesta en juego de esos principios en el análisis permite una proyección apropiada del régimen especial de los servicios públicos, con sus reglas específicas, y permiten poner en evidencia que en el caso de los servicios públicos de seguridad social y salud, la vigencia y operatividad de los principios de libre iniciativa (protector de los particulares) y de libre competencia en condiciones de igualdad (protector de todos los agentes que participan en la prestación del servicio, sean públicos o privados, o se trate de comunidades organizadas) han de guardar correspondencia necesaria con la posibilidad de elección por los usuarios, supuestas condiciones de calidad de los servicios. Es que la regla de la libre escogencia, que no tiene solamente rango legal sino clara raigambre constitucional, como que sin ella no puede hacerse efectivo en su cabal intensidad e integralidad el derecho a la seguridad social en salud, garantiza a los usuarios que puedan preferir dentro de las entidades del sistema que operan en un determinado municipio aquella que, supuesta la suficiencia de calidad, les ofrezca mayor garantía o mayor comodidad de acceso, etc.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS

Aclaración de voto a la Sentencia C-915/02

Referencia: expediente D-4014

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 46, 51 y 65 (parciales) de la Ley 715 de 2001 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con lo artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la

Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Como quiera que en relación con la Ley 715 de 2001, tanto en las sentencias C-617 y C-618 de 2002, he manifestado que, a mi juicio, en su integridad, dicha ley es inexecutable por violación de varias disposiciones de la Constitución, razón por la cual he salvado el voto, en esta oportunidad aclaro mi voto en el sentido de que, por las mismas razones expuestas en los salvamentos de voto a las dos sentencias anteriormente mencionadas, sigo considerando que son igualmente inexecutables los artículos 46, 51 y 65 (parciales) de la misma ley, posición de aclaración que asumo en esta oportunidad para respetar esos fallos, aunque sigo discrepando de las decisiones allí contenidas.

Fecha ut supra,

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

1 Como entidades privadas que son de conformidad con el artículo 39 de la Ley 21 de 1982.

2 En sustento de estas consideraciones transcribe algunos apartes que considera pertinentes de la sentencia C-37 de 1996

3 A este respecto enuncia las sentencias C-575 de 1992, C-149 de 1994, C-126 de 1995 y C-663 de 1998.

4 Proyecto de ley de ordenamiento territorial número 041 del Senado con fecha del 25 de julio de 2001 “Por el cual se dictan las normas orgánicas de ordenamiento territorial”

6 En sustento de esta tesis transcribe apartes que considera pertinentes de la Sentencia

C-675 de 1998.

7 La expresión destacada en negrillas fue la censurada en la demanda.

8 “Conforme a reiterada jurisprudencia, la unidad normativa es de carácter excepcional y procede para (i) para evitar que el fallo sea inocuo; (ii) o cuando es necesaria para completar la proposición jurídica demandada; (iii) o cuando la disposición no acusada se encuentra estrechamente vinculada a la norma demandada y es constitucionalmente sospechosa.” Sentencia C-128/02 (Subraya fuera de texto)

9 Declarada inexecutable. Sentencia C-615 de 2001.

10 Sentencia C-565/98

11 Raúl Canosa Usera. Interpretación Constitucional y fórmula política. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 180 y ss y p. 201 y ss.

12 Cfr. También Sentencia C-579 de 2001

13 Ver entre otras las sentencias C-760/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa) y C-775/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), con relación al Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000; y las sentencias C-646 /01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-431/01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), con relación al Código Penal, Ley 599 de 2000.

14 En la sentencia C-600^a de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte decidió declarar executable una ley ordinaria a pesar de haber sido tramitada como ley orgánica, entre otras razones, en virtud del principio de conservación del derecho.

15 En efecto según el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal “la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada”, entendiendo por promulgación “insertar la ley en el periódico oficial.” Según esto no sólo se estaría nuevamente ante el problema de vigencia suscitado por el hecho de que el Presidente hubiese sancionado la Ley a los dos días de que le fuera enviada, puesto que se promulgó ese mismo día, sino que la observancia de la misma no sería a partir del 1 de enero de 2002, como fue la voluntad del constituyente, sino casi dos meses después.

16 Ley 715 de 2001 “Artículo 47. Destino de los recursos del Sistema General de Participaciones para Salud. Los recursos del Sistema General en Participaciones en salud se destinarán a financiar los gastos de salud, en los siguientes componentes:

47.1. Financiación o cofinanciación de subsidios a la demanda, de manera progresiva hasta lograr y sostener la cobertura total”

17 Ley 100 de 1993 “Artículo 219.- Estructura del Fondo. El Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes:

b. De solidaridad del régimen de subsidios en salud.”

Por su parte el artículo que a continuación se transcribe define los recursos que componen dicha subcuenta así:

“Artículo 221 Financiación de la Subcuenta de Solidaridad. Para cofinanciar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Fondo de Solidaridad y Garantía contará con los siguientes recursos:

a. Un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo, según lo dispuesto en el artículo 203. Esta cotización será girada por cada Entidad Promotora de Salud directamente a la subcuenta de solidaridad del fondo.

b. El monto que las Cajas de Compensación Familiar, de conformidad con el artículo 217 de la presente ley, destinen a los subsidios de salud.

c. Un aporte del presupuesto nacional de la siguiente forma:

1. En los años 1994, 1995 y 1996 no deberá ser inferior a los recursos generados por concepto de los literales a. y b.

2. A partir de 1997 podrá llegar a ser igual a los recursos generados por concepto del literal a. del presente artículo.

d. Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos.

e. Los rendimientos financieros de la inversión de los ingresos derivados de la enajenación de

las acciones y participaciones de la nación en las empresas públicas o mixtas que se destinen a este fin por el CONPES.

f. Los recursos provenientes del impuesto de remesas de utilidades de empresas petroleras correspondientes a la producción de la zona Cusiana y Cupiagua. Estos recursos se deducirán de la base de cálculo de los ingresos corrientes a que hace referencia la ley 60 de 1993.

g. Los recursos del IVA social destinados a los planes de ampliación de la cobertura de seguridad social a las madres comunitarias del ICBF de que trata la ley 60. de 1992.

PARÁGRAFO 1. Los recursos de solidaridad se destinarán a cofinanciar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables, los cuales se transferirán, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto adopte el Gobierno Nacional, a la cuenta especial que deberá establecerse en los fondos seccionales, distritales y locales para el manejo de los subsidios en salud.

PARÁGRAFO 2. Anualmente, en el Presupuesto General de la Nación, se incluirá la partida correspondiente a los aportes que debe hacer el Gobierno Nacional al Fondo de Solidaridad y Garantía. Para definir el monto de las apropiaciones se tomará como base lo reportado por el Fondo de Solidaridad y Garantía en la vigencia inmediatamente anterior al de preparación y aprobación de la ley de presupuesto y ajustados con base en la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE. El Congreso de la República se abstendrá de dar trámite al proyecto de presupuesto que no incluya las partidas correspondientes. Los funcionarios que no dispongan las apropiaciones y los giros oportunos incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente”.

18 Memorando Ministerio de Salud del 23 de julio de 2002 dirigido a Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud, Alcaldías Municipales, ARS e IPS públicas y privadas. “Por otra parte, debe aclararse que en ninguna normatividad vigente se encuentra establecido que el porcentaje de administración en las ARS sea del 15%. Lo que se ha determinado es que no menos del 85% de la UPC será destinado a la prestación de los servicios de salud.”

19 Como es sabido en la doctrina general sobre el servicio público se destaca que los postulados que informaron la llamada teoría clásica del servicio público

20 Por todos los pronunciamientos de esta Corporación cabe citar los más recientes contenidos en las sentencias C-616 de 2001 – M.P. Rodrigo Escobar Gil-, C- 615 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra- y 791 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett.

21 Sentencia SU-819 de 1999

22 Sentencia C-615 de 2002

23 Sentencia C-616 de 2001

24 Ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 120 de 2001 Senado, 135 de 2001 Cámara. Gaceta del Congreso Número 465 página 3.

En ese orden de ideas en la Exposición de motivos se enfatiza en lo siguiente: “1. Aseguramiento de la población al régimen subsidiado y contributivo: En cuanto al primero de estos regímenes, involucra la contratación del aseguramiento con las aseguradoras autorizadas, buscando contratar con aquellas que ofrezcan en el municipio y en la región las mejores condiciones de acceso, oportunidad y calidad en la prestación de los servicios y facilitando la transparencia del proceso de libre elección que ingresa al sistema, o cambia de acuerdo con su criterio de elección.

En el régimen contributivo, deberán fortalecer los procesos de afiliación de la población con capacidad de pago y contribuir a disminuir los niveles de evasión y elusión de aportes. Igualmente, tendrán a su cargo velar por la garantía en la prestación de los servicios a los afiliados y beneficiarios del sistema, tomando decisiones que protejan los derechos de los usuarios.”