

RESERVA DE LEY-Determinación de estructura de las entidades públicas y competencias de las entidades territoriales en la materia/RESERVA DE LEY-Fijación de objetivos y estructura orgánica interna

En la determinación de la estructura de la administración nacional, el legislador debe incluir la formulación de los elementos que configuran esa organización, esto es, la creación de los distintos organismos y entidades que la conforman, la definición de sus interrelaciones respectivas, la enunciación de los objetivos generales de los organismos y entidades constituidas, así como su correspondiente estructura orgánica, su naturaleza jurídica, las competencias atribuidas, su régimen legal, el señalamiento de los órganos de dirección y administración, etc., y a nivel territorial, dado que Colombia se organiza en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, conforme al artículo 1o. de la Constitución, la creación de las empresas prestadoras del servicio de salud a cargo del Estado compete al órgano de representación popular en cada nivel territorial, ya que a los departamentos y municipios corresponde, en ejercicio de su autonomía, la prestación del servicio público de salud en los términos que establezca la Constitución y la ley. Las facultades del legislador en materia de determinación de la estructura de la administración, incluyen no solamente aquellas tareas de crear, suprimir, o fusionar entidades del orden nacional sino también las de fijar sus objetivos y su estructura orgánica interna. Las Juntas Directivas de las ESE, como órganos internos de dirección de estas entidades descentralizadas por servicios, son precisamente parte de esa estructura orgánica interna, por lo que concluye la Sala que los mecanismos de conformación, las funciones y funcionamiento de las juntas directivas del nivel nacional, departamental distrital y municipal, al igual que el parágrafo 3º del mismo artículo, sobre la conformación de las juntas directivas, en los términos enunciados en esta providencia, tienen también reserva de ley. Por ende, no es el Ejecutivo el llamado a definir orgánicamente las funciones, conformación y funcionamiento a nivel nacional de tales juntas directivas de las ESE ni tampoco a hacerlo en el ámbito territorial. Ello compete al legislador y a las Asambleas y Concejos, conforme a la Carta y la ley

RESERVA DE LEY-Configuración del diseño y la estructura del servicio público de salud/RESERVA DE LEY-Definición de requisitos jurídicos que delimitan la creación,

transformación y operación de las ESE

Compete al Congreso, en ejercicio de sus competencias constitucionales en la materia, (i) expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos, entre ellos el de Seguridad Social en Salud; (ii) asegurar la prestación eficiente del servicio de salud a todos los habitantes del territorio nacional regulando mediante ley, la forma de prestación de tales de servicios y su régimen jurídico; (iii) consolidar la prestación del servicio público de salud a través de entidades públicas o privadas, creando las entidades que sean necesarias por ley para el efecto; (iv) Organizar la prestación de los servicios de salud a los habitantes, tomando en consideración su derecho al acceso a la promoción, protección y recuperación de su salud y al saneamiento ambiental, atendiendo para ello los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad; (v) regular los mecanismos y las funciones de vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud; (vi) determinar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares para el efecto, así como los aportes a su cargo y (vii) establecer los términos en los cuales la atención básica será gratuita y obligatoria. La determinación de la estructura de la administración nacional comprende para el legislador más allá de la simple creación de las instituciones, la enunciación de los objetivos generales de los organismos y entidades constituidas, su correspondiente estructura orgánica, su naturaleza jurídica, y dado que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales tienen en sus competencias la determinación de la estructura de la administración departamental o municipal, - de acuerdo a la Constitución y a la ley -, sólo el Congreso puede fijarle a las entidades territoriales tales límites y directrices. Por ende, la determinación de los requisitos para el efecto, impuestos por medio de un decreto ejecutivo, resultan ajenos a la Carta. Sólo el legislador y eventualmente el Presidente de la República, mediante facultades extraordinarias, pueden definir tales exigencias. El Congreso no puede delegar la definición de los “requisitos” en materia de determinación de la estructura de la administración, al Ejecutivo.

DECRETO ADMINISTRATIVO-Alcance

Un decreto administrativo no puede establecerle restricciones ni al Legislador ni a las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales para el ejercicio de sus competencias constitucionales

INICIATIVA LEGISLATIVA GUBERNAMENTAL-Referente a la estructura de la administración nacional

Dado que la prestación del servicio público en salud conlleva la necesaria intervención del Ejecutivo y que en materia de determinación de la estructura de la administración nacional también el gobierno tiene competencias constitucionales, es pertinente recordar, que el Congreso debe contar con la participación gubernamental para expedir o reformar las leyes referentes a la estructura de la administración nacional, debido a que la iniciativa para su adopción pertenece en forma exclusiva al Gobierno Nacional de conformidad con lo preceptuado en el artículo 154 Superior. Con todo, aunque el Presidente de la República de conformidad con las previsiones de los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Carta, puede “suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales” o “modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales”, lo cierto es que para el efecto, el Ejecutivo está subordinado a las previsiones legislativas en la materia, ya que las competencias descritas pueden ejercerse sólo con sujeción a las reglas que defina la ley.

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Creación/EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Naturaleza

Las Empresas Sociales del Estado, fueron creadas por la Ley 100 de 1993, como una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley, las asambleas departamentales y los concejos municipales según el ámbito de su competencia. A su vez, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, al determinar las entidades que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, incluyó a las Empresas Sociales del Estado, como integrantes del sector descentralizado. Por lo que se concluye que hacen parte de la estructura de la administración, que fueron establecidas por la ley para la prestación del servicio de salud y que en principio, su objeto está dirigido a la población más necesitada y vulnerable. En ese orden de ideas, es claro que conforme a la Carta y a la numerosa jurisprudencia constitucional en la materia, corresponde al legislador la determinación de la estructura de la administración nacional conforme al artículo 150-7 de la Carta, así como la creación de los distintos organismos y entidades, junto con la definición, respecto de cada uno de ellos, de sus objetivos generales y de su correspondiente estructura orgánica. También la ubicación de los organismos en el conjunto de la Administración y la relación entre los diferentes

organismos.

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO-Sometida a la ley/POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO-Alcance

La potestad reglamentaria se somete en todo a la ley y depende de ella, por lo que el Legislador no puede pretender que a través de esa potestad presidencial, se desarrollen temas de su exclusivo resorte constitucional. Observa esta Corporación que establecer los requisitos - o reglamentarlos -, para la creación, categorización, organización etc., de las ESE, supone definir las exigencias básicas necesarias para la ejecución de esas actividades y tales requisitos resultan ser un paso previo, porque fijan los linderos a los que debe someterse las correspondientes autoridades.

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO-Definición de criterios técnicos para la aplicación de leyes/POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO-Desarrollo de parámetros establecidos por el propio legislador

Los criterios a reglamentar son los siguientes: Población, densidad poblacional, perfil epidemiológico, área de influencia, accesibilidad geográfica y cultural, servicios que ofrece, grado de complejidad, capacidad instalada, capital de trabajo, producción, sostenibilidad, diseño y la participación de la Empresa Social del Estado (ESE) en la red de su área de influencia. La enunciación efectuada por el legislador limita al Ejecutivo en punto a los criterios que ha de tener en cuenta al momento de tomar las decisiones administrativas relativas a transformar, categorizar, organizar y operar una ESE. A la luz de esta interpretación, no existe una invasión de las competencias del legislador sino un desarrollo de los parámetros establecidos por el propio legislador, los cuales por su naturaleza técnica bien pueden ser definidos y precisados mediante decretos reglamentarios. Asimismo, la reglamentación sobre los costos, información, compras, y adquisiciones de las ESE, al que alude el parágrafo 3º del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, resulta compatible con la Carta, ya que se trata de una definición por parte del Ejecutivo de un aspecto técnico, dentro del parámetro material fijado por el legislador, tendiente a facilitar el acceso a la salud de los usuarios del sistema mediante el control de los costos y la transparencia en las compras. Lo anterior no impide que las juntas directivas ejerzan sus competencias para expedir su propio reglamento interno en lo atinente a costos, información y compras.

SENTENCIA CONDICIONADA-Aplicación por eventual interpretación contraria a la Constitución

RESERVA DE LEY-Constitución de Empresas Sociales del Estado por asociación de entidades territoriales

El Ejecutivo no puede definir para las entidades territoriales “la forma”, es decir, el modo de hacer la asociación de empresas sociales del estado, cuando tal definición es competencia del legislador, de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales en su respectivo nivel, conforme a la Carta y a la ley. La declaratoria de inexequibilidad de este literal b) se funda exclusivamente en la garantía de la autonomía territorial. Por ello no puede concluirse que dicha inexequibilidad impide que las entidades territoriales se asocien para constituir una ESE. Por el contrario, “la forma” en que podrán asociarse será determinada por cada entidad territorial en ejercicio de su autonomía y atendiendo a sus necesidades con miras a facilitar dicha asociación y ajustándose a lo establecido en las normas superiores.

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Determinación de formas de asociación para constituir ESE

Las entidades territoriales podrán asociarse en la forma que determine cada entidad territorial en ejercicio de su autonomía y atendiendo a sus necesidades con miras a facilitar dicha asociación y ajustándose a lo establecido en las normas superiores.

AUTONOMIA TERRITORIAL-Vulneración por exigencia de visto bueno para creación de ESE

El visto bueno del Ministerio de la Protección Social para la creación de una ESE, es una restricción inconstitucional, porque implica una intromisión del Ejecutivo en las potestades del legislador, en el plano nacional, y especialmente en aquellas de las entidades territoriales, en un aspecto como la definición de la estructura de la administración departamental, distrital y municipal, que es de su competencia constitucional. Para la Corte, si bien la jurisprudencia ha reconocido que la intervención del ejecutivo en los temas de salud si tiene una intensidad mayor a otros y exige una regulación constante, lo cierto es que tal intervención no puede llevarse al extremo de imponer restricciones que bloquean el ejercicio de competencias atribuidas constitucionalmente a órganos que tienen responsabilidades en la consolidación de la estructura administrativa nacional y territorial,

mucho menos dejando la aplicación de esa restricción al ejercicio de una potestad reglamentaria del propio ejecutivo.

TRANSFERENCIA DE RECURSOS A LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-Ejercicio de facultad reglamentaria del Gobierno

La reglamentación se dirige a desarrollar lo dispuesto por el legislador, velando por la eficiencia del sistema de seguridad social en salud, dado que en este caso es necesario acudir a criterios técnicos, económicos y sociales que son de fácil identificación por el Gobierno Nacional. Dado que en el régimen previsto para las ESE en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 ya estaba prevista la necesidad de transferencias y la potestad de hacerlo, considera la Corte que el literal acusado no es inconstitucional, porque es una decisión ya regulada por el legislador y consustancial al régimen jurídico de las ESE.

Referencia: expediente D-6763

Actor: Hernán Antonio Barrero Bravo

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 (parcial) de la Ley 1122 de 2007.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil siete (2007)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Hernán Antonio Barrero Bravo, en ejercicio de la acción pública de

inconstitucionalidad prevista en los artículos 40-6, 241 y 242 de la Constitución Política, solicita a esta Corporación declarar la inexequibilidad parcial del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

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

I. NORMAS DEMANDADAS

Los apartes demandados del artículo acusado, – resaltados en subraya-, son los siguientes, conforme al Diario Oficial No 46506 del 09 de enero de 2007:

Ley 1122 de 2007

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

Artículo 27. Regulación de las Empresas Sociales del Estado. El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses a partir de la vigencia de la presente ley, los siguientes aspectos:

a) Los requisitos para la creación, transformación, categorización, organización, y operación de las Empresas Sociales del Estado, teniendo en cuenta los siguientes criterios: Población, densidad poblacional, perfil epidemiológico, área de influencia, accesibilidad geográfica y cultural, servicios que ofrece, grado de complejidad, capacidad instalada, capital de trabajo, producción, sostenibilidad, diseño y la participación de la Empresa Social del Estado (ESE) en la red de su área de influencia;

b) La forma de constituir Empresas Sociales del Estado cuando se trata de empresas de propiedad de varias entidades territoriales que se asocian;

c) Las condiciones y requisitos para que la Nación y las entidades territoriales puedan transferir a las Empresas Sociales del Estado (ESE), recursos cuando por las condiciones del mercado las ESE, en condiciones de eficiencia, no sean sostenibles;

d) Los mecanismos de conformación, las funciones y funcionamiento de las juntas directivas del nivel nacional, departamental, distrital y municipal. En todo caso estas deberán estar integradas en forma tal que un tercio de sus integrantes estén designados por la comunidad, un tercio represente el sector científico de la salud y un tercio al sector político-administrativo.

Parágrafo 1°. Mientras el Gobierno Nacional reglamente el presente artículo, y a partir de la vigencia de la presente ley, cualquier creación o transformación de una nueva Empresa Social del Estado (ESE) deberá tener previamente, el visto bueno del Ministerio de la Protección Social.

Parágrafo 2°. Las Instituciones Prestadoras de Salud públicas que en el momento vienen funcionando y tienen contratación vigente podrán continuar su ejecución, y dispondrán de un año a partir de la fecha de la vigencia de la presente ley para transformarse en Empresas Sociales del Estado o afiliarse a una.

Parágrafo 3°. Por ser de categoría especial de entidad pública descentralizada, el Gobierno Nacional expedirá seis meses después de la entrada en vigencia de la presente ley, la reglamentación en lo referido a conformación de juntas directivas, nombramiento, evaluación y remoción de gerentes, régimen salarial, prestacional, sistemas de costos, información, adquisición y compras de las Empresas Sociales del Estado.

Parágrafo 4°. Para los departamentos nuevos creados por la Constitución de 1991 en su artículo 309, que presenten condiciones especiales, y el departamento del Caquetá, el Ministerio de la Protección Social reglamentará en los seis meses siguientes a la expedición de esta ley, la creación y funcionamiento de las Empresas Sociales del Estado, con los servicios especializados de mediana y alta complejidad requeridos, priorizando los servicios de Telemedicina.

La Contratación de servicios de Salud para las Empresas Sociales del Estado de estos Departamentos se realizará preferiblemente con las EPS públicas administradoras del régimen subsidiado, las cuales se fortalecerán institucionalmente.

I. LA DEMANDA

El ciudadano alega la inconstitucionalidad de las expresiones resaltadas del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, por considerar que ellas son contrarias a los artículos 49, 150 numeral 7, 154, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Carta.

En efecto, para el actor los literales a), b), c), y d) y los párrafos 1 y 3 del artículo 27 demandado deben ser declarados inexecutable, debido a que la creación, transformación, categorización, organización y operación de las Empresas Sociales del Estado, el funcionamiento y remuneración de sus juntas directivas, las transferencias y los demás aspectos acusados, tienen reserva de ley, por lo que su definición compete exclusivamente al legislador (Art. 150 C.P) o en su defecto al Presidente de la República, en caso de ser investido de facultades extraordinarias, y no así al Gobierno Nacional como lo consagran los apartes de la norma acusada.

Considera el actor, que el artículo 27 impugnado pretende modificar aspectos puntuales de las Empresas Sociales del Estado ya regulados por el legislador en las Leyes 489 de 1998, la Ley 100 de 1993 y la Ley 344 de 1996, autorizando al gobierno para el efecto. De hecho, cuando el artículo atacado parcialmente usa el término regulación y a renglón seguido autoriza al Gobierno para adelantar la reglamentación de los aspectos allí señalados dentro de los 6 meses siguientes a partir de la vigencia de la ley, lo que está haciendo a juicio del actor es entregándole al gobierno la regulación de tales aspectos, que sólo pueden ser definidos por vía legal.

En concreto, y con relación a la creación de Empresas Sociales del Estado del orden nacional, señala el ciudadano que de acuerdo con el artículo 150-7 de la Carta, se requiere de una ley para ese propósito, por lo que es el Congreso y no el gobierno, quien ostenta la facultad de determinar la estructura de la administración nacional y de crear, suprimir o fusionar entidades de ese orden, señalando sus objetivos y estructura orgánica.

Los literales a) y b) de la norma acusada son entonces inexecutable para el demandante. El primero, por permitir que el gobierno reglamente los requisitos para la creación, transformación, categorización y operación de las Empresas Sociales del Estado; y el segundo, por autorizar que sea el Gobierno Nacional quien deba regular la forma de constituir las ESE, cuando se trata de aquellas de propiedad de varias entidades territoriales

que se asocian.

Estos dos literales en consecuencia, además de vulnerar el artículo 150-7, desconocen para el ciudadano los artículos 300-7 y 313-6 de la Carta, en la medida en que olvidan que para el caso de las Empresas Sociales del Estado, la Constitución le atribuye a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y no al gobierno, la determinación de la estructura de la Administración en las entidades territoriales, así como el establecimiento de las funciones en sus dependencias y las escalas de remuneración correspondiente.

Con respecto al literal d) y al párrafo 3 del artículo 27 acusado, relativos a la conformación y funciones de las juntas directivas del nivel nacional, departamental, distrital y municipal de las Empresas Sociales del Estado, afirma el demandante que también tales expresiones son contrarias a la Carta, en la medida en que las juntas directivas de esas entidades hacen parte de la estructura orgánica de las Empresas Sociales del Estado, por lo que la atribución de tales facultades al gobierno, vulnera igualmente los artículos 150-7 y los artículos 300-7 y 313-6 de la Carta, que fijan tales competencias al Congreso o en las Asambleas y Concejos a nivel territorial.

Sobre el párrafo 1 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, sostiene el actor que al establecer la ley demandada que ninguna Empresa Social del Estado podrá crearse o transformarse sin el visto bueno del Ministerio de Protección Social mientras el gobierno nacional reglamenta el artículo, se incurre en inconstitucionalidad. En primer lugar, porque el gobierno no puede desarrollar por vía reglamentaria tales temas, y en segundo lugar porque con ello se desconocen los artículos 300-7 y 313-6 de la Carta, dado que la restricción impuesta por el párrafo acusado lesiona la autonomía de los entes territoriales (Art. 1, 2, 287, 298, 300, 331 de la Carta), atenta contra el principio de descentralización administrativa (Art. 1, 49, 209, 210, 285, 352, 356, 368 de la Carta) y desconoce el artículo 49 de la Carta, que exige que los servicios de salud se organicen “en forma descentralizada, por niveles de atención” y con la participación de la comunidad.

Por último, el ciudadano afirma que el literal c) del artículo 27 demandado, quebranta el artículo 154 de la Carta, porque autoriza al gobierno a reglamentar las condiciones y requisitos para que la Nación y las entidades territoriales puedan transferir a las Empresas Sociales del Estado recursos, cuando por las condiciones del mercado tales empresas no

resulten sostenibles, siendo ésta una atribución que según el actor también compete a la ley. En criterio del ciudadano, se trata de transferencias, y según el artículo 154 de la Constitución ellas exigen expedición de una ley de iniciativa gubernamental. Sostiene el demandante entonces, que:

“[N]o es posible que el numeral c) glosado sea constitucional, al faltar una ley que establezca las condiciones o requisitos para que la Nación y las entidades territoriales puedan transferir a las Empresas Sociales del Estado Subsidiadas, recursos, cuando por cuestiones del mercado estas no sean sostenibles”.

En consecuencia, solicita a la Corte Constitucional que declare inexecutable las expresiones acusadas y los párrafos correspondientes del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007.

I. INTERVENCIONES DE AUTORIDADES.

1. Ministerio de Protección Social

La ciudadana Fanny Suárez Higuera, en su calidad de apoderada del Ministerio de Protección Social, solicita a esta Corporación que declare constitucional los apartes demandados del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, por considerarlos ajustados a la Carta.

En efecto, inicia el Ministerio su exposición explicando que el alcance del artículo 27 acusado no es el que el actor parece deducir de la norma, pues tal disposición no pretende conceder al Gobierno facultades que no son de su competencia, sino entregarle la responsabilidad al Ejecutivo de reglamentar los asuntos descritos en ese precepto, sin ir más allá de sus específicas atribuciones.

En concepto de la interviniente, el actor incurre en el equívoco de considerar que la disposición enunciada se refiere eventualmente a facultades extraordinarias, lo que parece desprenderse del término que se le otorga al Ejecutivo para la regulación, que es de 6 meses. Al respecto afirma el Ministerio, que si bien “una lectura desprevenida del artículo pu [ede] sugerir que el legislador dejó a medio camino la habilitación al Gobierno Nacional y ello haría inexecutable la disposición en varios de sus apartes como lo sugiere el actor”, la norma acusada en concreto, no concede facultades extraordinarias al Presidente para el efecto, sino

que se trata simplemente del ejercicio de la potestad reglamentaria señalada en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta. De allí que en desarrollo de esa potestad, “el gobierno Nacional pueda proceder a definir cada uno de los elementos a los cuales se alude el artículo 27” acusado. Por ende, a su juicio, debe descartarse de plano que la facultad a la que alude la norma acusada, sea otra diferente a la de reglamentación.

Ahora bien, afirma el Ministerio que el actor desconoce igualmente que la intervención del Estado en el Servicio Público de Seguridad Social en Salud es intensa, conforme lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-616 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-137 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería). Para esta entidad entonces, los artículos acusados responden a esa intervención así:

“En el caso que nos ocupa, el Estado, dentro de las facultades de intervención otorgadas en los literales c y f del artículo 154 citado¹, debe desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud y, organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por los niveles de atención y con participación de la comunidad.

En ese contexto, el artículo 27 de la Ley 1122 de 2007 ordena reglamentar aspectos propios de las empresas sociales del Estado, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que permiten la adecuada organización de la prestación de los servicios de forma descentralizada, manteniendo el régimen jurídico de estas entidades establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas analizadas anteriormente u de la reglamentación de la prestación”.

Con respecto a los cargos concretos dirigidos contra el literal a) del artículo 27, sostiene el Ministerio lo siguiente:

“En cuanto al literal a) de la norma atacada, relacionado con los requisitos para la creación, transformación, categorización, organización y operación de las Empresas Sociales del Estado, es claro que la creación de las mismas es competencia del Congreso de la República para las del orden nacional y de las Asambleas y Concejos para las de orden territorial, por lo que no se vulneran los artículos 150 numeral 7, 210, 300 numeral 6 de la Constitución Política.

El demandante comete la imprecisión de considerar que se afectan estos lineamientos constitucionales y a los cuales hace referencia la Ley 100 en su artículo 194, cuando en realidad se mantienen incólumes. Lo que se reglamenta es lo referente a los criterios a tener en cuenta para esa creación, transformación, categorización, organización y operación de las empresas sociales del Estado. (...)

“Tal determinación tiene fundamento en los artículos 48,49 y 209 de la Constitución Política, por cuanto se busca contar con criterios técnicos que le permitan a la Nación y a las entidades territoriales, garantizar la prestación de los servicios de salud de la población en entidades que cumplan con el principio de eficiencia establecido en las aludidas normas constitucionales y en el artículo 2 de la ley 200 de 1993. (...)

“Con la aplicación por parte de las entidades territoriales y de la Nación de los criterios definidos por la Ley y que deben ser desarrollados por el Gobierno Nacional para la creación, transformación, categorización, organización y operación de empresas sociales del Estado, se espera de una parte que la organización y operación de las empresas sociales del Estado, responda de manera adecuada a las necesidades de salud de la población de su área de influencia, con prestación de servicios de salud que garanticen condiciones de calidad, accesibilidad y oportunidad a la población, y de otra parte que se de un uso eficiente de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles, en cumplimiento del principio de eficiencia consagrado en los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional. (...)

“Como se advierte, el actor, al enfocarse en una supuesta actividad legislativa soslayada, pierde de vista que el sentido de la norma no es aquel que le pretende dar. Esta disposición, como se ha indicado, se orienta a que se depuren los antecedentes para la organización de la red pública de prestación de servicios. Esto no debe ser ajeno a la actuación administrativa, tal y como ocurre cuando alguna entidad del estado decide emprender un proceso de contratación (art. 25 num. 12 de la Ley 80 de 1993). Nótese, en este caso, que fue el legislador quien determinó tales criterios de manera taxativa”.

En relación con el literal b) del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, el Ministerio de Protección Social reitera que la competencia para crear ESE de carácter territorial corresponde a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales. Sin embargo, afirma que “lo que el legislador dispone en el aludido literal, es la reglamentación sobre la forma de constituir

empresas sociales del Estado entre varias entidades territoriales” con el propósito de facilitar la asociación de dichas entidades, “lo cual se posibilitaría con la reglamentación”. Si bien dicha posibilidad de asociación está contemplada en el artículo 24 de la Ley 10 de 1990, “no se ha podido implementar por la carencia de procesos y mecanismos claros al respecto.”

Sobre el literal c) afirma la interviniente que el artículo 38 inciso 2º de la Ley 812 de 2003 ordena efectuar transferencias a las empresas sociales del Estado cuando estas por las condiciones del mercado no sean sostenibles. Así, que lo que procederá a reglamentar el Gobierno nacional en tal caso, son las condiciones a cumplir por parte de las Empresas Sociales del Estado para recibir transferencias de la Nación o de las entidades territoriales, mediante el literal acusado, por lo que en ese apartado del artículo 27 es constitucional.

Con respecto al literal d) y el párrafo 3 del artículo 27 de la Ley 1122, para ese Ministerio, dado que la Ley 1122 de 2007 no modifica ni la naturaleza ni el régimen jurídico de tales entidades, lo que debe hacer el gobierno es reglamentar tales leyes. Por ende, el artículo solo pretende facilitar el ejercicio de la potestad reglamentaria del gobierno.

Finalmente, frente al cargo relacionado con el párrafo 1 del artículo 27, relativo a la aparente vulneración de la autonomía de las entidades territoriales por la exigencia del visto bueno del Ministerio de Protección, afirma el interviniente que en materia de prestación de servicios de salud, se ha previsto una prevalencia del direccionamiento y coordinación propios del nivel central y unitario, sobre lo autonómico, por lo que el Ministerio de Protección Social tiene un papel determinante, como lo establece el Decreto Ley 205 de 2003. Según el artículo 2 numerales 8 y 14 de ese decreto, esa entidad puede adelantar los procesos de coordinación con relación a las instituciones prestadoras de los servicios de salud, adscritas o vinculadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud y regular la oferta pública y privada de servicios de salud. La autorización previa, es entonces un mecanismo meramente transitorio, mientras se expide el reglamento respectivo, que no es ajeno a las atribuciones con que cuenta el Ministerio en relación con la labor de direccionamiento en el sector salud.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, en concepto No 4343 del 18 de julio de 2007, solicita que se declaren inexecutable los literales a), b) y d), junto con los

parágrafos 1 y 3 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, y exequible el literal c) del artículo acusado.

Para precisar estas consideraciones, el director del Ministerio Público inicia su análisis recordando que las Empresas Sociales del Estado, fueron creadas por la Ley 100 de 1993, como una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley, las asambleas departamentales y los concejos municipales según el ámbito de su competencia (artículo 194 de la Ley 100 de 1993). A su vez, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, al determinar las entidades que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, incluyó a las Empresas Sociales del Estado, como integrantes del sector descentralizado. Por lo que se concluye que hacen parte de la estructura de la administración, que fueron establecidas por la ley para la prestación del servicio de salud y que en principio, su objeto está dirigido a la población más necesitada y vulnerable.

En ese orden de ideas, para el Procurador es claro que conforme a la Carta y a la numerosa jurisprudencia constitucional en la materia, corresponde al legislador la determinación de la estructura de la administración nacional conforme al artículo 150-7 de la Carta, así como la creación de los distintos organismos y entidades, junto con la definición, respecto de cada uno de ellos, de sus objetivos generales y de su correspondiente estructura orgánica. También la ubicación de los organismos en el conjunto de la Administración y la relación entre los diferentes organismos. Con todo, ello no supone un ejercicio totalmente independiente por parte del Congreso, sino que se requiere contar con la participación gubernamental para expedir o reformar las leyes referentes a la estructura de la administración nacional, dado que la iniciativa legislativa pertenece al Gobierno nacional, de acuerdo con el artículo 154 superior.

Por consiguiente, considera que aquellas normas que desconocen esas imperativas previsiones constitucionales (Art. 150-7) son contrarias a la Carta. El literal a) del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, dispone que el gobierno nacional reglamentará dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la norma, los requisitos para la creación, transformación, categorización, organización y operación de las ESES, función que de manera exclusiva la Constitución confiere al legislador en los términos del artículo 150-7. Por ende, si bien al parecer se fijan unos criterios para la reglamentación por parte del Gobierno Nacional

de la norma, lo cierto es que “el legislador se está desprendiendo de una facultad que no es dable de regularse por reglamento del Gobierno” y tiene reserva de ley.

En el mismo sentido, el literal b) del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, trata de una materia que corresponde definir y delimitar al legislador y no al Gobierno.

Con respecto al literal d) y sus párrafos 1 y 3 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, relacionados con la conformación, funciones y funcionamiento de las juntas directivas a nivel nacional, distrital y municipal de las Empresas Sociales del Estado, considera el Ministerio Público que este aspecto constituye una parte fundamental de la organización y estructura interna de tales entidades, lo que implica que sobre ellas tampoco el Gobierno Nacional tiene competencia para regular estos aspectos. Por ende, solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del literal d) y de los párrafos 2 y 3 del artículo 27 acusado.

Ahora bien, frente a la naturaleza del artículo, lo cierto es que para el Director del Ministerio Público, la intención de la norma impugnada no fue nunca la de concederle facultades extraordinarias al Presidente de la República, por lo que no era posible trasladarle al gobierno irregularmente la atribución del legislador de delimitar la estructura orgánica de las ESE, al igual que la previsión de sus objetivos y sus funciones generales, en contravención del artículo 150-7 de la Carta.

Finaliza su intervención el señor Procurador al afirmar, que a diferencia de los otros literales, el c) del artículo 27 impugnado, no controvierte la Carta, porque en este caso el Gobierno sí puede reglamentar lo referente a la transferencia de recursos a las Empresas Sociales del Estado (ESE). De hecho, el Ministerio Público considera que ese literal es el resultado de la competencia compartida que la Constitución le concedió al legislador y al Gobierno Nacional, en donde el primero fijó el marco para que el ejecutivo regulara lo pertinente en relación con las transferencias de recursos en situaciones concretas, y corresponde al segundo reglamentarlas, por lo que en este caso, la autorización al Ejecutivo no excede el concepto de reserva de ley. La reglamentación se dirige a desarrollar lo dispuesto por el legislador, velando por la eficiencia del sistema de seguridad social en salud, dado que en este caso es necesario acudir a criterios técnicos, económicos y sociales que son de fácil identificación por el Gobierno Nacional.

Por tales razones, solicita el Ministerio Público que la Corte declare inconstitucionales los

literales a), b) y d) junto con los párrafos 1 y 3 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007 y exequible el literal c) del artículo acusado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

1.1. En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 de la Carta, el artículo 43 de la Ley 270 de 1996 y el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre la presente demanda.

2. Los problemas jurídicos en el asunto de la referencia

2.1. Para el demandante, son tres los cargos presentados contra el precepto parcialmente acusado. El primero se dirige contra los literales a), b) y d) y el párrafo 3 del artículo 27 atacado, por violación de los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 de la Carta, al permitir que los requisitos para la creación y organización de Empresas Sociales del Estado del orden nacional y territorial sean fijados por el Gobierno, desconociendo la competencia del Congreso (Art. 150-7 C.P), de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales en la determinación de la estructura de la administración en los respectivos ordenes nacional y territorial.

El segundo, está dirigido contra el párrafo 1 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, por supeditar y limitar la transformación o creación de las Empresas Sociales del Estado, a la autorización del Ministerio de Protección Social. A su juicio, ello resulta violatorio del artículo 150-7 y ajeno a los preceptos 300-7 y 313-6 de la Carta en lo que respecta a las competencias propias de las entidades territoriales, ya que lesiona la autonomía de tales entidades (Art. 1, 2, 287, 298, 300, 331 de la Carta), atenta contra el principio de descentralización administrativa (Art. 1, 49, 209, 210, 285, 352, 356, 368 de la Carta) y desconoce el artículo 49 de la Carta, en relación con la descentralización del servicio de salud.

Por último, para el actor, el literal c) del artículo 27 demandado quebranta el artículo 154 de la Carta, porque autoriza al gobierno a regular las condiciones y requisitos para que la Nación y las entidades territoriales puedan transferir a las Empresas Sociales del Estado recursos,

facultad que considera tanto sujeta a la reserva de ley por tratarse de transferencias como ajena a la potestad reglamentaria del gobierno.

A su turno, el Ministerio de Protección Social estima que los aspectos acusados del artículo 27 son constitucionales, en la medida en que la norma demandada no consagra facultades extraordinarias a favor del Presidente, sino que se trata exclusivamente del ejercicio de la potestad reglamentaria del gobierno, así se utilice la expresión “regular” en el artículo. La aparente inconstitucionalidad alegada por el actor, está fundada entonces en una apreciación errónea de la disposición normativa. Al existir otros preceptos legales vigentes sobre el tema, lo que pretende el artículo 27 es que el Gobierno reglamente conforme a la potestad conferida por el artículo 189 de la Carta, las actividades allí descritas, y no que usurpe las competencias del Congreso. Por lo tanto, concluye que los apartes impugnados del artículo 27 deben ser declarados exequibles.

El Procurador General de la Nación, en sentido contrario, aduce que los literales a), b), d) y los párrafos 1 y 3 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007 son inconstitucionales, por tratarse de atribuciones legislativas de las que indebidamente se desprendió el Congreso a través de la norma impugnada, en contravención del artículo 150-7 de la Carta.

Sobre el literal c) del artículo 27, el Director del Ministerio Público concluye que es constitucional, porque consagra una facultad reglamentaria que puede ser desarrollada por el Gobierno en materia de transferencias, ya que el numeral determina un marco legal que puede ser sujeto a reglamentación por el Ejecutivo.

2.2. Con fundamento en las apreciaciones anteriores, corresponde a la Corte Constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos:

* ¿Violan los literales a), b) y d), así como el párrafo 3 del artículo 27 acusado, los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 de la Carta, al autorizar al Gobierno Nacional la reglamentación de los requisitos, forma y mecanismos necesarios para la creación y organización de las ESE, desconociendo según el actor, el principio de reserva legal en la determinación de la estructura de la Administración nacional y la competencia de Asambleas Departamentales y Concejos Municipales en la determinación de esa estructura a nivel territorial?

* ¿Viola el párrafo 1 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007 el principio de autonomía territorial al supeditar la transformación o creación de las Empresas Sociales del Estado a la autorización que expida para el efecto el Ministerio de Protección Social?

Para resolver estas inquietudes, la Corte analizará los siguientes aspectos relevantes: (i) La naturaleza y regulación de las Empresas Sociales del Estado y (ii) el principio de la reserva de ley en materia de determinación de la estructura de las entidades públicas y los alcances de la potestad reglamentaria del gobierno en tales casos.

3. Las Empresas Sociales del Estado dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud

3.1. La Constitución de 1991 le atribuye al Estado la potestad de organizar y establecer los términos en que debe prestarse el servicio público de salud (Art. 48, 49 C.P.). La seguridad social en salud, sin embargo, no es sólo un servicio público obligatorio sino un derecho de toda persona, que puede ser proporcionado directamente por el Estado o por intermedio de los particulares, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, bajo la dirección, coordinación y control del Estado (Art. 48, 49 y 365 CP.).

La función de configurar el diseño y la estructura al servicio público en salud le fue atribuida al Congreso. Esta reserva de ley tiene especial significado dado que la salud es un derecho constitucional, el cual ha sido calificado por la Corte como fundamental.² Lo anterior no significa que todas las leyes sobre la salud deban ser estatutarias, sino que aún las decisiones sobre la organización del sistema de salud y la configuración de los organismos que lo integran deben ser adoptadas mediante leyes después de un proceso de deliberación democrática y pluralista.

Compete entonces al Congreso, en ejercicio de sus competencias constitucionales en la materia, (i) expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos, entre ellos el de Seguridad Social en Salud (Art. 150-23 C.P.); (ii) asegurar la prestación eficiente del servicio de salud a todos los habitantes del territorio nacional regulando mediante ley, la forma de prestación de tales de servicios y su régimen jurídico (Art. 48, 365 C.P.); (iii)

consolidar la prestación del servicio público de salud a través de entidades públicas o privadas (art. 48, 150 num. 23 C.P), creando las entidades que sean necesarias por ley para el efecto (Art. 210 C.P). (iv) Organizar la prestación de los servicios de salud a los habitantes, tomando en consideración su derecho al acceso a la promoción, protección y recuperación de su salud y al saneamiento ambiental (art. 49, 150 num. 23, 365 C.P.), atendiendo para ello los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad; (v) regular los mecanismos y las funciones de vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud (Art. 49, 150 num. 7 C.P., 365 C.P.); (vi) determinar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares para el efecto, así como los aportes a su cargo (Art. 49, 288, 356 C.P.) y (vii) establecer los términos en los cuales la atención básica será gratuita y obligatoria. (Art. 49 C.P.).

En la sentencia C-791 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) recordó la Corte el significativo papel del Legislador en la configuración del sistema de seguridad social en salud, así:

“[H]a explicado la jurisprudencia que el Legislador tiene un rol primordial en materia de derechos prestacionales como la vivienda, la salud o la educación. Una simple lectura de los artículos 48, 49 y 365 de la Carta demuestra que corresponde a la ley determinar los elementos estructurales del sistema, tales como (i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular el servicio, (iii) autorizar o no su prestación por particulares, (iv) fijar las competencias de la Nación y las entidades territoriales, (v) determinar el monto de los aportes y, (vi) señalar los componentes de la atención básica que será obligatoria y gratuita, entre otros”.

3.2. Ahora bien, el Congreso de la República, con el objetivo de cumplir tales exigencias, ha proferido entre otras, la Ley 10 de 1990, la Ley 100 de 1993 que reguló el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Ley 344 de 1996 y la Ley 715 de 2001, sobre la determinación de la estructura del Sistema General en Salud.

En tales disposiciones, la prestación de los servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, especialmente en el caso de la población más vulnerable, corresponde principalmente a las Empresas Sociales del Estado, ESE.

La organización específica de las ESE, sin embargo, se encuentra regulada además de por la

Ley 100 de 1993, por las leyes 10 de 1990 y 489 de 1998. En lo concerniente a su naturaleza, la Ley 100 de 1993 determinó en el artículo 194 lo siguiente:

“La prestación de los servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”

El artículo 195 de la Ley 100 de 1993, a su vez, fijó el régimen jurídico aplicable a tales entidades. Para el efecto, consagró lo siguiente:

ARTICULO 195. Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión “Empresa Social del Estado”.
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.
6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto General de Contratación de la administración pública.
8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la nación o de las entidades territoriales.

9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

En el mismo sentido, la Ley 489 de 1998 determinó en su artículo 38, que las ESE forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público y pertenecen al sector descentralizado por servicios, y en el artículo 83, esa ley señaló asimismo que:

“[L]as empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.”

Finalmente, la Ley 344 de 1996, reguló en el artículo 21 el tema de los gastos de las E.S.E. y la Ley 10 de 1990, aspectos estructurales del Sistema de Salud y algunos específicos relacionados con el régimen laboral de quienes pertenecen a esas entidades, así como las competencias de sus Juntas Directivas.

Por lo tanto, se concluye que estas empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada perteneciente a la rama ejecutiva del poder público, a la que compete la prestación directa de los servicios de salud a nivel nacional y territorial. La jurisprudencia constitucional ha señalado, en la sentencia C-665 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), sobre el carácter especial de estas entidades que:

“[L]as empresas sociales del Estado son entes que no pueden confundirse con los establecimientos públicos y que constituyen una nueva categoría de entidad descentralizada concebida con un objeto específico que la propia legislación ha señalado y que justifica, por razón de los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el legislador, unas ciertas reglas y una normatividad también especial. Como órganos del Estado, aún cuando gozan de autonomía administrativa, están sujetos al control político y a la suprema dirección del órgano de dirección al cual están adscritos”.

Reconocida tal naturaleza especial, corresponde a esta Sala determinar los alcances constitucionales de la facultad de regulación de aspectos relativos a la creación y transformación de tales entidades.

4. El principio de la reserva de ley en materia de determinación de la estructura de las entidades públicas, las competencias de las entidades territoriales en la materia y los alcances de la potestad reglamentaria del Gobierno.

4.1. La separación funcional entre el Legislativo y el Ejecutivo, como dos poderes independientes en la organización del Estado, es determinante desde la perspectiva de la garantía de los derechos y libertades y del principio democrático. Así, dentro del esquema constitucional de distribución de competencias, corresponde al Congreso en principio, proferir las leyes que regulan la organización del Estado, y al Ejecutivo, reglamentarlas, dentro de los linderos determinados por el legislador.

En ausencia de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República (artículo 150-10), el Ejecutivo no puede, sin quebrar el principio de reserva de ley, regular aspectos que constitucionalmente pertenecen exclusivamente al legislador. Su competencia en tales casos se limita al simple ejercicio de su potestad reglamentaria, subordinada en todo caso, al tenor de la ley.

4.2. La potestad reglamentaria, por su parte, en los términos del artículo 189-11 de la Carta, ha sido descrita por esta Corporación en la sentencia C-805 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), de la siguiente forma:

“[Es] la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley ... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”. Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley.

“Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella, el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo. (...)”

“El Presidente de la República es, ciertamente, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no quiere decir que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas no pueda

adoptar medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria. De allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo.”

(...)

“Tal potestad, como atribución constitucional del Presidente de la República, puede ejercerse por éste en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo”.

4.3. Ahora bien, es necesario en el caso de las Empresas Sociales del Estado precisar conforme a la Carta, si la regulación de los aspectos necesarios para la creación o transformación de tales entidades, corresponde al Ejecutivo o al legislador, en los términos descritos.

En primer lugar, según el artículo 150-7 de la Constitución, la definición de la estructura orgánica de la Administración corresponde al Congreso Nacional, el cuál mediante ley puede crear las entidades del orden nacional señalando sus objetivos generales y su estructura orgánica. Según este artículo, al legislador le compete determinar tal estructura a nivel nacional y “crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, y otras entidades del orden nacional”, entre las que se encuentran las ESE del orden nacional.

Lo anterior se ajusta a lo señalado igualmente por el artículo 210 de la Carta, que sostiene

que es al legislador a quien compete crear por ley o por autorización de ésta, las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios (Art. 210 C.P), categoría a la que pertenecen las Empresas Sociales del Estado, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa (Art. 209 C.P.). Deberá ser igualmente la ley, la que determine el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. De hecho, según el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, las ESE, aunque gozan de autonomía administrativa, están sujetas al control político y a la dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

No obstante, el Congreso puede otorgar temporalmente esa atribución de crear o transformar tales entidades, al Ejecutivo mediante una ley de facultades extraordinarias. Sobre el particular, la sentencia C-306 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), expuso esa posibilidad de la siguiente forma:

“[L]a atribución para crear, suprimir y fusionar entidades públicas del orden nacional y para señalar sus objetivos y estructura orgánica, se radica en cabeza del Congreso de la República, el cual a su vez puede delegarlas en el Ejecutivo a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, pues la delegación en tales materias no se encuentra dentro de las prohibiciones previstas en el numeral 10° del artículo 150 de la Constitución Política”.

Ahora bien, en segundo lugar, en la determinación de la estructura de la administración nacional, – según lo ha precisado la jurisprudencia y la ley –, el legislador debe incluir la formulación de los elementos que configuran esa organización, esto es, la creación de los distintos organismos y entidades que la conforman, la definición de sus interrelaciones respectivas, la enunciación de los objetivos generales de los organismos y entidades constituidas, así como su correspondiente estructura orgánica, su naturaleza jurídica, las competencias atribuidas, su régimen legal, el señalamiento de los órganos de dirección y administración, etc.

Ha dicho la jurisprudencia sobre los aspectos involucrados en la determinación de la estructura orgánica de estas entidades, que:

“[El] legislador ha desarrollado el concepto de estructura orgánica partiendo del supuesto de que incluye la definición de los elementos del órgano, es decir, lo relacionado básicamente con su régimen jurídico, patrimonial y de personal. Ciertamente, en desarrollo del artículo

150-7 de la Carta, que otorga competencia al legislador para crear, suprimir o fusionar entidades del orden nacional y para señalar sus objetivos y estructura orgánica, el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, al definir lo que se entiende por contenido de los actos de creación de una entidad, dispone expresamente que la estructura orgánica de un organismo comprende la determinación de los siguientes elementos: (i) la denominación, (ii) la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, (iii) la sede, (iv) la integración de su patrimonio, (v) el señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y (vi) el ministerio o departamento administrativo al cual estarán adscritos o vinculados. (...)

“Dentro de los anteriores parámetros constitucionales, el deslinde competencial corresponde al legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, puesto que, al establecer la estructura orgánica de las entidades que cree, puede hacerlo con mayor o menor detalle, y lo mismo acontece respecto del señalamiento de las respectivas competencias. Así, entre más detallado y preciso sea el señalamiento de las competencias de un órgano, menor es el espacio para la concreción reglamentaria de las funciones que corresponden a sus distintos empleos”.

Por otra parte, y en tercer lugar, a nivel territorial, dado que Colombia se organiza en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, conforme al artículo 1o de la Constitución, la creación de las empresas prestadoras del servicio de salud a cargo del Estado compete al órgano de representación popular en cada nivel territorial, como lo indican los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 de la Carta, ya que a los departamentos y municipios corresponde, en ejercicio de su autonomía, la prestación del servicio público de salud en los términos que establezca la Constitución y la ley (Art. 298, 300-10, 311 y 313-10).

Sobre este aspecto ha dicho la Corte que la autonomía de las entidades territoriales se concreta a través del respeto de toda autoridad pública, especialmente del legislador, de los “derechos mínimos reconocidos a esas entidades para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como para participar en las rentas nacionales”³. El artículo 287 de la Constitución Política, consagra a ese respecto, que “las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de

los límites de la Constitución y la ley”.

4.4. En lo que respecta a las ESE, el legislador ha adoptado las decisiones sobre su creación, su naturaleza, sus características y su ubicación en la estructura del Estado, como ya se dijo anteriormente. En lo esencial señaló que las ESE son entidades descentralizadas por servicios, y pueden ser del orden nacional o del orden territorial.

Las entidades descentralizadas por servicios, categoría a la que alude expresamente el artículo 210 superior⁴ y a la que pertenecen las Empresas Sociales del Estado (Art. 68 de la Ley 489 de 1998 y Art. 194 de la Ley 100 de 1993), cuentan en consecuencia con la autonomía administrativa que les es reconocida en la ley,⁵ y que es consubstancial a su noción de empresas descentralizadas por servicios.⁶

Para el caso concreto de las ESE del nivel territorial, la sentencia C-408 de 1994 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), afirmó lo siguiente:

“[E]l artículo 150 en su numeral 7o., otorga competencia al Congreso de la República para crear personas jurídicas que no correspondan a la tipología hasta ahora existente, cuando afirma que podrá mediante ley determinar “la estructura de la administración nacional”, con la creación, supresión o fusión de “otras entidades del orden nacional”. Además, tiene la ley la competencia de otorgar a las asambleas departamentales y a los concejos municipales funciones como las ordenadas en los artículos examinados, de disponer, que las entidades territoriales a través de esas últimas corporaciones creen, transformen o reestructuren las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud, en empresas sociales del orden departamental o municipal, pues ellas están autorizadas para cumplir las funciones que les señale la ley, según lo dispone la Carta en los artículos 300-10 y 313-10, respectivamente”.

De allí que sean efectivamente tales corporaciones a nivel territorial las que puedan crear, de acuerdo a sus competencias constitucionales y lo previsto en la ley, las ESE a nivel territorial, con fundamento en la autonomía desarrollada por la ley.

4.5. Por otra parte, dado que la prestación del servicio público en salud conlleva la necesaria intervención del Ejecutivo y que en materia de determinación de la estructura de la administración nacional también el gobierno tiene competencias constitucionales (Art. 150

numerales 15 y 16 y 154 C.P.), es pertinente recordar, que el Congreso debe contar con la participación gubernamental para expedir o reformar las leyes referentes a la estructura de la administración nacional, debido a que la iniciativa para su adopción pertenece en forma exclusiva al Gobierno Nacional de conformidad con lo preceptuado en el artículo 154 Superior.

Con todo, aunque el Presidente de la República de conformidad con las previsiones de los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Carta, puede “suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales” o “modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales”, lo cierto es que para el efecto, el Ejecutivo está subordinado a las previsiones legislativas en la materia, ya que las competencias descritas pueden ejercerse sólo con sujeción a las reglas que defina la ley.

Como lo sostuvo la sentencia C-889 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño):

“Además de la atribución dada al Congreso de la República por el artículo 150 numeral 7 para determinar la estructura de la administración nacional, también el Presidente de la República participa constitucionalmente en esta materia. Según los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Carta Política, el Presidente podrá, de una parte, suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales, de conformidad con la ley, y, de otra parte, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley, podrá modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales.

Sin embargo, no se registra una plena cotitularidad entre las dos autoridades para determinar la estructura de la administración nacional. Entre ellas hay diferencias materiales y de sujeción regulatoria. Al Congreso le corresponde ejercer estas facultades, sea de manera directa (C.P., art. 150, nl. 7) o a través del otorgamiento de facultades extraordinarias al Gobierno Nacional (C.P., art. 150.10). Y el Gobierno ejerce las atribuciones asignadas por el artículo 189, dentro de las reglas generales o la autorización dadas por el Legislativo.

Así pues, la determinación de la estructura de la administración nacional puede darse a partir de la creación, fusión, supresión y reestructuración de entidades y organismos públicos. Y, en

ejercicio de sus respectivas competencias, estas atribuciones están asignadas tanto al Congreso de la República, como al Presidente de la República. En sus decisiones el Congreso estará sujeto a los principios consagrados en la Constitución Política, y el Presidente, en su actuación, estará sujeto tanto a los principios constitucionales como a los principios y reglas generales dadas por el legislador”.

Con base en estas premisas sentadas por la jurisprudencia constitucional, entra la Corte en el estudio de los cargos presentados por el actor, contra los literales a), b), c) y d) y los párrafos 1 y 3, del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007.

5. Análisis de las normas acusadas.

5.1. Los literales a) y b) del artículo 27 demandado

5.1.1. El artículo 27 en su inciso primero literal a), permite que el Gobierno Nacional reglamente dentro de los seis meses siguientes a partir de la vigencia de la Ley 1122 de 2007, los requisitos para (i) la creación, (ii) transformación, (iii) categorización, (iv) organización, y (v) operación de las Empresas Sociales del Estado, teniendo en cuenta criterios poblacionales geográficos, culturales, etc.

El texto del artículo 27 acusado, no se desprende que la norma haya consagrado facultades extraordinarias a favor del Presidente de la República. De lo que se trata, como bien lo expresan el actor, los intervinientes y el Procurador, es del ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Primer Mandatario.

Con todo, para el actor, tales facultades son en realidad de naturaleza legislativa, mientras que para el Ministerio de Protección Social son facultades reglamentarias que responden a las necesidades técnicas específicas del Ejecutivo, en virtud del artículo 189-11 de la Carta.

5.1.2. Al analizar concretamente el texto del literal acusado, observa esta Corporación que establecer los requisitos - o reglamentarlos -, para la creación, categorización, organización etc., de las ESE, supone definir las exigencias básicas necesarias para la ejecución de esas actividades. En otras palabras, los requisitos resultan ser un paso previo para las decisiones indicadas, porque fijan los linderos a los que deben someterse las correspondientes autoridades.

Sin embargo, las discrepancias de los intervinientes en torno a la constitucionalidad de las normas acusadas pasa por un desacuerdo sobre la interpretación de las mismas. Para unos el contenido de tales decretos suplirá vacíos en la legislación y también será una limitante para el legislador en el futuro si el Congreso decide regular las materias enunciadas en las disposiciones acusadas. En ese sentido concluyen que materialmente los decretos allí mencionados invadirán la órbita de competencia del legislador. Para otros, dichos decretos sólo desarrollarán los requisitos que ya han sido fijados en las leyes vigentes y por lo tanto los aspectos por ellos reglamentados serán plasmados en normas infralegales, de carácter técnico, que en ningún caso vinculan al legislador, sino que se subordinan a las normas que éste ha expedido o expida en el futuro.

La dificultad surge cuando a la luz de la primera interpretación se concluye que la creación, transformación, categorización, etc., de las ESE debe ser definida por el Congreso mediante ley, y que los Concejos y Asambleas tienen competencia para ello a nivel territorial, atendiendo a lo que establezca el órgano legislativo. Se pregunta la Corte en consecuencia: ¿puede entonces el Ejecutivo señalarle al Legislador los “requerimientos” o límites para que realice sus competencias constitucionales a la hora de consolidar la estructura de la administración pública? ¿Puede hacerlo acaso, respecto de las entidades territoriales mediante decreto administrativo?

A la luz de la primera interpretación, la respuesta es negativa. Definir los requisitos jurídicos que delimitan la creación, transformación, operación etc., de las ESE, es una competencia del Congreso. Especialmente, conforme a la jurisprudencia previamente enunciada, la determinación de la estructura de la administración nacional comprende para el legislador más allá de la simple creación de las instituciones, la enunciación de los objetivos generales de los organismos y entidades constituidas, su correspondiente estructura orgánica, su naturaleza jurídica.

A su vez, dado que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales tienen en sus competencias la determinación de la estructura de la administración departamental o municipal, – de acuerdo a la Constitución y a la ley –, sólo el Congreso puede fijarle a las entidades territoriales tales límites y directrices. Por ende, la determinación de los requisitos para el efecto, impuestos por medio de un decreto ejecutivo, resultan ajenos a la Carta. Sólo el legislador y eventualmente el Presidente de la República, mediante facultades

extraordinarias, pueden definir tales exigencias.

Así, el literal a) acusado, según la primera interpretación, es inconstitucional. El Congreso no puede delegar la definición de los “requisitos” en materia de determinación de la estructura de la administración, al Ejecutivo, y éste proceder en consecuencia mediante un decreto administrativo. Un decreto de tal naturaleza, no puede naturalmente establecerle restricciones ni al Legislador ni a las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales para el ejercicio de sus competencias constitucionales. La potestad reglamentaria (Art. 189-11 C.P) se somete en todo a la ley y depende de ella, por lo que el Legislador no puede pretender que a través de esa potestad presidencial, se desarrollen temas de su exclusivo resorte constitucional.

Sin embargo, una lectura cuidadosa del literal a) del artículo 27 revela que el objeto de tales decretos es reglamentar el contenido de ciertos criterios técnicos atinentes a la gestión, no a la estructura, relevantes para las autoridades administrativas que, en aplicación de las leyes anteriormente citadas y en ejercicio de lo autorizado por ellas, adopten la decisión de crear, transformar, categorizar, organizar y operar una ESE. Tales criterios a reglamentar son los siguientes: “Población, densidad poblacional, perfil epidemiológico, área de influencia, accesibilidad geográfica y cultural, servicios que ofrece, grado de complejidad, capacidad instalada, capital de trabajo, producción, sostenibilidad, diseño y la participación de la Empresa Social del Estado (ESE) en la red de su área de influencia”.

A su turno, la enunciación efectuada por el legislador limita al Ejecutivo en punto a los criterios que ha de tener en cuenta al momento de tomar las decisiones administrativas relativas a transformar, categorizar, organizar y operar una ESE.

A la luz de esta segunda interpretación del literal a) acusado, no existe una invasión de las competencias del legislador sino un desarrollo de los parámetros establecidos por el propio legislador, los cuales por su naturaleza técnica bien pueden ser definidos y precisados mediante decretos reglamentarios.

No obstante, ante la constatación de que la norma puede ser interpretada en un sentido contrario a la Constitución es necesario excluir dicha interpretación mediante un condicionamiento que fije su alcance. Por lo tanto, se señalará en la parte resolutive de esta sentencia que el literal a) del artículo 27 acusado es exequible en el entendido de que los

decretos reglamentarios versan sobre los aspectos técnicos de los criterios establecidos por el legislador.

Sin embargo, este condicionamiento es insuficiente para solucionar el problema constitucional derivado de que aspectos estructurales como lo son la creación o transformación de una ESE por el legislador, en el nivel nacional, o por las asambleas o concejos, en los niveles territoriales, queda supeditada al cumplimiento de requisitos, así éstos sean técnicos, definidos y precisados por un acto administrativo. Por lo tanto, las expresiones “creación” y “transformación” serán declaradas inexecutable.

5.1.3. Iguales argumentos se predicen del literal b) del artículo 27 de la ley acusada. Esa disposición señala que el Gobierno reglamentará “la forma” de constituir Empresas Sociales del Estado cuando se trata de empresas de propiedad de varias entidades territoriales que se asocian. El Ejecutivo no puede definir para las entidades territoriales “la forma”, es decir, el modo de hacer la asociación de empresas sociales del estado, cuando tal definición es competencia del legislador, de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales en su respectivo nivel, conforme a la Carta y a la ley (artículos 300-7 y 313-6 C.P.)

El Ministerio de Protección Social afirma que lo que se pretende es facilitar a las entidades territoriales el ejercicio de la facultad concedida en el artículo 24 de la Ley 10 de 1990, mediante reglamento. Para la Corte, lo procedente en tal caso sería el ejercicio de la potestad reglamentaria con respecto a la Ley 10 de 1990, o la modificación de la misma por el Congreso, y no utilizar como en este caso la delegación al Ejecutivo de facultades legislativas a través del literal acusado de la Ley 1122 de 2007, con el propósito de solucionar tal dificultad.

No obstante, la declaratoria de inexecutable de este literal b) se funda exclusivamente en la garantía de la autonomía territorial. Por ello no puede concluirse que dicha inexecutable impide que las entidades territoriales se asocien para constituir una ESE. Por el contrario, “la forma” en que podrán asociarse será determinada por cada entidad territorial en ejercicio de su autonomía y atendiendo a sus necesidades con miras a facilitar dicha asociación y ajustándose a lo establecido en las normas superiores.

5.2. El literal d) y el párrafo 3 del artículo 27 acusado, sobre la conformación y funciones

de las juntas directivas del nivel nacional, departamental, distrital y municipal de las Empresas Sociales del Estado, son apartes normativos parcialmente contrarios a los artículos 150-7 y los artículos 300-7 y 313-6 de la Carta.

5.2.1. El literal d) de la norma demandada, señala que es el Gobierno quien reglamentará “los mecanismos de conformación, las funciones y funcionamiento de las juntas directivas del nivel nacional, departamental distrital y municipal” de las ESE y procederá según el párrafo 3º del mismo artículo, en los seis meses siguientes, a la reglamentación de (i) la conformación de las juntas directivas; (ii) el nombramiento, evaluación y remoción de gerentes; (iii) el régimen salarial y (iv) los costos, adquisición y compras de las ESE.

Como se ha mencionado previamente, las facultades del legislador en materia de determinación de la estructura de la administración, incluyen no solamente aquellas tareas de crear, suprimir, o fusionar entidades del orden nacional sino también las de fijar sus objetivos y su estructura orgánica interna. (Art. 210 C.P). Claramente las Juntas Directivas de las ESE, como órganos internos de dirección de estas entidades descentralizadas por servicios, son precisamente parte de esa estructura orgánica interna.

Bajo este supuesto, concluye la Sala que “los mecanismos de conformación, las funciones y funcionamiento de las juntas directivas del nivel nacional, departamental distrital y municipal”, al igual que el párrafo 3º del mismo artículo, sobre la conformación de las juntas directivas, en los términos ya enunciados en esta providencia, tienen también reserva de ley. Por ende, no es el Ejecutivo el llamado a definir orgánicamente las funciones, conformación y funcionamiento a nivel nacional (Art. 201 C.P.) de tales juntas directivas de las ESE ni tampoco a hacerlo en el ámbito territorial. Ello compete al legislador y a las Asambleas y Concejos, conforme a la Carta y la ley (Art. 150-7, 300-7 y 313-6 de la Constitución.)

En efecto, en la sentencia C-665 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández) ésta Corporación dijo sobre la competencia del legislador en la definición de la estructura interna de las ESE, en atención a la Ley 10 de 1990, lo siguiente:

“El artículo 19 de la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud, estatuye que, en las entidades del primer nivel de atención (hospitales locales, centros y puestos de salud), la estructura administrativa básica está encabezada por una Junta

Directiva presidida por el Jefe de la Administración seccional o local o su delegado, e integrada por los organismos de participación comunitaria, en los términos que defina el reglamento. En las entidades del nivel secundario y terciario de atención, la Junta se integrará en forma tal que un tercio de sus integrantes sean designados por la comunidad; que otro tercio represente al sector científico de la salud y que el otro haga lo propio a nombre del sector político administrativo.

“Como se señaló anteriormente, es facultad del legislador no únicamente la de crear, suprimir, o fusionar entidades del orden nacional sino también la de fijar sus objetivos y estructura orgánica. Y si la Ley 10 de 1990 quiso que las juntas directivas de las entidades de salud tuvieran una integración que representara no solamente al sector político sino también al de salud -en el campo científico- y a la comunidad por partes iguales, en nada contraría esta disposición los preceptos constitucionales, pues el hecho de que el Estado tenga el deber de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de salud no significa que deba manejar en forma directa a las instituciones prestadoras de ellos. Incluso, por mandato constitucional, el Estado se encuentra habilitado para contratar con particulares su prestación y en entidades privadas con las cuales establezca convenios es claro que no tiene mayor representación. (Las subrayas fuera del original).

5.2.2. En el mismo sentido, y sobre la “reglamentación” del nombramiento, evaluación y remoción de gerentes; el régimen salarial y los costos, adquisición y compras de las ESE, de los que trata el resto del párrafo 3º del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, debe señalar la Sala, que de acuerdo con lo enunciado hasta el momento estos aspectos tampoco pueden ser objeto de delegación al Ejecutivo. El fundamento constitucional de la autonomía y del régimen de las entidades descentralizadas por servicios está dado por artículo 210 de la Constitución, según el cual “la ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”. En otros términos, el régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios hace parte de la facultad de configuración legislativa que reconoce la Constitución Política, en la cual está inmersa la autonomía propia de todo ente descentralizado.

En lo que respecta a la determinación del nombramiento y retiro de los directores de las ESE, dijo la sentencia C-665 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández) lo siguiente:

“En lo relativo a los apartes demandados del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, que se refieren al nombramiento de los directores de los hospitales públicos, el cual corresponde al jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, de terna que le presente la junta directiva integrada como se señaló en el numeral anterior, y al período de los directores de estas entidades y sus causales de remoción, son todos aspectos que se han dejado por el Constituyente en manos del legislador y que en modo alguno, en el caso de las disposiciones impugnadas, desconocen ni vulneran principios o textos constitucionales. (...)

“Desde luego, como acaba de decirse, es el legislador -y no el Gobierno- el llamado a tipificar las conductas objeto de sanción, lo que aparece claro en el artículo 29 de la Constitución. La adscripción de competencia al Ejecutivo para hacerlo, sin límite de tiempo y sin los requisitos del artículo 150, numeral 10, de la Constitución, además de vulnerar el principio de legalidad y el debido proceso, representa un inadmisibles traslado de funciones legislativas al Presidente de la República. Por eso, la Corte declarará la inexecutable de las expresiones “definidos mediante reglamento del Gobierno Nacional”. (Las subrayas fuera del original).

Corresponde entonces al legislador, la clasificación de empleos. En la sentencia C-314 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) se confirmó en materia laboral que:

De manera complementaria a la clasificación de los empleos, al legislador corresponde fijar los criterios que permitan determinar la naturaleza específica de cada tipo de empleo, para lo cual dispone de un amplio margen de configuración. Así por ejemplo, para la distinción entre empleados y trabajadores, en el régimen vigente ya no son suficientes los criterios orgánico y funcional adoptados por la reforma administrativa de 1968 (Dec. 3135/68, art. 5), en cuanto desarrollos legislativos posteriores a 1991 han venido consagrando regímenes laborales que no conservan aquellos postulados, como sucede, por ejemplo, con el dispuesto para los servidores públicos de los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales o las empresas sociales del Estado. (Sentencia C-880 de 2003, MM.PP. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño)

La sentencia C-559 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra), recordó igualmente que en el caso de las ESE, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, determinó:

[L]a planta de personal de las empresas sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su parágrafo que “son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”.

5.2.3. Adicionalmente, en lo concerniente al régimen salarial, es el legislador quien fija su marco general respecto de los empleados públicos (Art. 150-19 literal e) de la Carta). Como las ESE son empresas descentralizadas por servicios, es el Congreso y no al Ejecutivo a quien compete la definición del régimen salarial correspondiente.

Desde el punto de vista territorial igualmente, la determinación de funciones de las dependencias de la administración departamental o municipal y las escalas de remuneración salarial correspondiente, es responsabilidad de las Asambleas departamentales (Art. 300-7 C.P) y de los Concejos (Art. 313-6 C.P.) conforme a la Carta y lo establecido por la ley. El ejercicio de estas competencias, se desarrolla sistemáticamente entre la Nación y las entidades territoriales, de la siguiente manera:

Una lectura sistemática de la Carta Política permite concluir que las competencias mencionadas no están en cabeza de un sólo órgano. Como ya se indicó, el artículo 313 de la Constitución confiere a los Concejos la facultad de determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, así como establecer las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, sin hacer mención a la fijación de los requisitos y calidades de los empleados de ese orden, pues la misma Constitución le asigna esta función al Congreso de la República.

En efecto: el artículo 125 de la Carta Política, prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Y a renglón seguido contempla que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. En consecuencia, si es regla general que los empleados públicos de todo orden deben pertenecer a la carrera administrativa, salvo las excepciones señaladas por el legislador, los requisitos y calidades necesarios para acceder a

empleos municipales debe ser fijado por la ley. La regulación de la carrera administrativa, tanto a nivel nacional como territorial, ha dicho la Corte, es una facultad que compete ejercer única y exclusivamente al legislador. Igualmente, ha señalado el sentido, importancia y finalidad de la carrera administrativa.

(...)

A partir de las consideraciones expuestas, la Corte concluye que el régimen de los requisitos y calidades que deben reunir los empleados públicos municipales es competencia del Congreso de la República. Facultad que no puede delegar en otro órgano estatal, a excepción del Presidente de la República de manera transitoria, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 150 numeral 10 de la Constitución para la concesión de facultades extraordinarias.

En lo que respecta a los cargos municipales de libre nombramiento y remoción, también corresponde al legislador señalar sus requisitos y calidades, pues de conformidad con lo dispuesto en el numeral 23 del artículo 150 de la Carta, es el Congreso el encargado de expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”7.

En particular, para el caso de las ESE, la jurisprudencia constitucional ha señalado que:

“Como ya se ha anotado, las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica y por ende, lo relativo al período, nombramiento y causales de retiro de sus directores.

El párrafo del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, también demandado, consagra que el Gobierno deberá reglamentar un régimen especial en materia salarial para los directores de hospitales del sector público de las empresas sociales del Estado, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo Hospital.

(...)

Se trata entonces de una ley marco en materia del régimen salarial que debe regir para los directores de estas entidades, los cuales, por su naturaleza y funciones, son empleados públicos.

Además, el régimen salarial compete al legislador, art. 150 e), por lo que esa atribución incluida en el artículo también es inconstitucional”⁸.

Se concluye en consecuencia, que asuntos como los enunciados en el párrafo 3º del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007 tienen en general reserva de ley. No basta entonces una delegación de la determinación de tales aspectos por parte del legislador al ejecutivo, para que un régimen semejante se ajuste a la Carta. Debe necesariamente establecerse por parte del Congreso, el marco normativo correspondiente, relacionado con el nombramiento, evaluación y remoción de gerentes y su régimen salarial, para que el ejercicio de la potestad reglamentaria no resulte contrario a la Carta. Además, el legislador, sin afectar la coherencia del sistema de seguridad social en salud, debe tener en cuenta la autonomía de las entidades territoriales para el efecto.

No sucede lo mismo con otras materias enunciadas en el párrafo 3 acusado. En efecto, la “reglamentación” sobre los costos, información, compras, y adquisiciones de las ESE, al que alude el párrafo 3º del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, resulta compatible con la Carta, ya que se trata de una definición por parte del Ejecutivo de un aspecto técnico, dentro del parámetro material fijado por el legislador, tendiente a facilitar el acceso a la salud de los usuarios del sistema mediante el control de los costos y la transparencia en las compras. Lo anterior no impide que las juntas directivas ejerzan sus competencias para expedir su propio reglamento interno en lo atinente a costos, información y compras.

La sentencia C-784 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) recordó sobre estas competencias de las ESE, lo siguiente:

“Es a las Empresas Sociales del Estado a quienes corresponde en virtud de la autonomía administrativa que se deriva de su naturaleza de entidades descentralizadas, adecuar su organización administrativa para el mejor cumplimiento de los objetivos asignados por el legislador, lógicamente respetando las previsiones que éste haya fijado en materia de

estructura orgánica en el acto de creación.

5.2.4. En mérito de lo expuesto, concluye esta Corporación que los literales d) y el párrafo 3 del artículo 27 de la Carta, son inexecutable, por desconocer la reserva de ley y la autonomía administrativa de las entidades territoriales, salvo las expresiones iniciales y finales del párrafo 3 atinentes a la reglamentación de sistemas de costos, información, adquisición y compras de las ESE.

Advierte la Corte que la declaratoria de inexecutable del literal d) y de los apartes señalados del párrafo 3, no impide que mediante decreto se reglamenten las normas de la Ley 100 de 1993 relativas a estas mismas materias, así como las demás normas legales sobre estos temas, siempre que dicha reglamentación se inscriba dentro del ámbito de la potestad reglamentaria. Ha sido el diseño de las normas acusadas, no la posibilidad jurídica de que las materias por ellas mencionadas sean objeto de decretos reglamentarios que desarrollen lo ya establecido en las leyes, lo que ha conducido a la Corte a declarar su inexecutable parcial.

5.3. El análisis del cargo contra el párrafo 1 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007 por lesionar la autonomía de los entes territoriales, el principio de descentralización administrativa y el artículo 49 de la Carta.

1. Visto ya el tema general sobre la autonomía administrativa y de la descentralización y sus límites en la Carta, en materia de creación de ESE, se tiene que el párrafo 1 establece que mientras el Gobierno Nacional reglamenta el artículo 27 parcialmente acusado, toda creación o transformación de una ESE, debe obtener el visto bueno del Ministerio. El párrafo 1º del artículo enunciado impone entonces una obligación limitada en el tiempo para la creación o transformación de empresas sociales del Estado, de manera genérica e indeterminada a quienes deseen crear o transformar una ESE.

La obligación que impone el párrafo, en consecuencia, exige el cumplimiento de este deber al legislador y a las entidades territoriales en lo de su competencia, dado que tanto a nivel nacional como territorial, son estas instancias las encargadas de crear las Empresas Sociales del Estado.

El actor considera que para el caso específico de las entidades territoriales, esta exigencia viola su autonomía y el principio de descentralización administrativa, porque fija un límite indebido para el ejercicio de competencias constitucionales de estas entidades.

5.3.2. Así, siguiendo la Carta y las líneas jurisprudenciales antes descritas, salta a la vista que el párrafo descrito impone restricciones definitivas a las entidades territoriales para la creación de ESE, que afectan claramente su núcleo de autonomía territorial y funcional.

En efecto, el visto bueno del Ministerio de la Protección Social para la creación de una ESE, es una restricción inconstitucional, porque implica una intromisión del Ejecutivo en las potestades del legislador, en el plano nacional, y especialmente en aquellas de las entidades territoriales, en un aspecto como la definición de la estructura de la administración departamental, distrital y municipal, que es de su competencia constitucional.

Es evidente que si el Ministerio de Protección no da su visto bueno respecto de la creación de estas entidades, la facultad consignada en los artículos 300- 7 y 313-6 de la Carta para Asambleas y Concejos en lo concerniente a las ESE, desaparece, lo que restringe significativamente la autonomía de las entidades territoriales.

Esta restricción del legislador además, se sustenta según el Ministerio de Protección Social, en que la intervención del Estado en materia de salud es más intensa, por lo que se requiere una mayor participación del Ejecutivo.

Para la Corte, si bien la jurisprudencia ha reconocido que la intervención del ejecutivo en los temas de salud si tiene una intensidad mayor a otros y exige una regulación constante, lo cierto es que tal intervención no puede llevarse al extremo de imponer restricciones que bloquean el ejercicio de competencias atribuidas constitucionalmente a órganos que tienen responsabilidades en la consolidación de la estructura administrativa nacional y territorial, mucho menos dejando la aplicación de esa restricción al ejercicio de una potestad reglamentaria del propio ejecutivo.

Es razonable que el Ministerio deba ser informado, dadas sus funciones de control y vigilancia, respecto de la creación o transformación de tales entidades, pero que su creación o transformación requiera el visto bueno del Ministro, es una condición que impide el ejercicio de competencias autónomas garantizadas por la Constitución. Si el Ministerio no lo

autoriza, una entidad territorial no podría crear una ESE así exista el presupuesto, la base constitucional y legal, y la necesidad ciudadana para ello.

En el plano nacional, la ley que pretenda modificar la estructura de la administración mediante la creación de una ESE es de iniciativa gubernamental, lo cual implica la concurrencia del Ministro de Protección Social. Ello es distinto a un visto bueno del Ministro posterior a la expedición de la ley correspondiente.

Por estas razones la Corte Constitucional declarará inexecutable el párrafo 1º del artículo 27.

5.4. El análisis del cargo contra el literal c) del artículo 27 demandado por quebrantar el 154 de la Carta.

5.4.1. El literal c) del artículo 27 permite que el Gobierno reglamente las condiciones y requisitos para que la Nación y las entidades territoriales puedan transferir a las Empresas Sociales del Estado (ESE), recursos, cuando por las condiciones del mercado las ESE, en condiciones de eficiencia, no sean sostenibles.

Para la Procuraduría este literal, a diferencia de los anteriores, es constitucional, porque la autorización al reglamento enunciada por el legislador no excede a su juicio, el principio de reserva de ley, ya que lo que permite es que se concrete la decisión del legislador de velar por la eficiencia del Sistema de Seguridad Social en Salud, en tales casos.

Sobre la potestad de transferir estos recursos a las ESE, se recuerdan que el artículo 195 Ley 100 de 1993, ya había establecido esa posibilidad para las entidades descritas, teniendo en cuenta que se trata de empresas del Estado con un régimen jurídico especial, como lo estableció su numeral 8, así:

Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...)

8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la nación o de las entidades territoriales.

En el mismo sentido, la Ley 812 de 2003 Art. 38, relacionado con el pago a las IPS

territoriales, determinó lo siguiente:

“Artículo 38. Pagos a IPS. El pago que las entidades territoriales competentes realicen a las IPS públicas o privadas, por la prestación del servicio de salud a la población pobre no afiliada en lo no cubierto con subsidios a la demanda, deberá soportarse en la compra de servicios de salud mediante modalidades de pago, que sean consistentes con la cantidad y valor de los servicios efectivamente prestados, en los términos convenidos en los respectivos contratos.

La transferencia de recursos no constituye modalidad de pago. Solo podrán transferirse recursos cuando procuren garantizar los servicios básicos por entidades públicas donde las condiciones del mercado sean monopólicas y las entidades prestadoras no sean sostenibles financieramente en condiciones de eficiencia, conforme las condiciones y requisitos que establezca el Reglamento. El CNSSS definirá los servicios básicos de que trata el presente artículo.

El Gobierno Nacional establecerá, dentro del primer mes de vigencia de la presente ley, la metodología que aplicarán las entidades territoriales para la definición de las modalidades de pago referidas en el presente artículo.

Cada entidad territorial que tenga competencia definirá dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, la priorización del gasto por estructura poblacional y perfil epidemiológico, con base en los recursos disponibles, de acuerdo con los lineamientos generales que define el Ministerio de Protección Social, sin perjuicio de los ajustes futuros que sean necesarios frente a variaciones que se presenten en los factores anteriores.

5.4.2. Las referencias normativas anteriores, permiten comprobar que ya el Legislador había previsto la posibilidad de transferir recursos a estas empresas, dado que la naturaleza de estas entidades es pública, y su función en el Sistema Nacional de Salud exige una prestación del servicio de salud, dirigida a la población más vulnerable. Ello se definió como una posibilidad consustancial al régimen jurídico de estas entidades, desde el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

El literal demandado en este caso, además, limita suficientemente la regulación que propone el legislador, al especificar que tal transferencia de recursos se realizará “cuando por las

condiciones del mercado, las ESE, en condiciones de eficiencia, no sean sostenibles". Desde esta perspectiva y dado que en el régimen previsto para las ESE en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 ya estaba prevista la necesidad de transferencias y la potestad de hacerlo, considera la Corte que el literal acusado no es inconstitucional, porque es una decisión ya regulada por el legislador y consustancial al régimen jurídico de las ESE.

5.4.3. A su vez, la jurisprudencia ha encontrado que las rentas nacionales cedidas a las entidades territoriales pueden ser objeto de una específica destinación por parte del legislador, siempre y cuando el fin al cual se destinen, revista un interés que razonablemente puede predicarse de las entidades territoriales beneficiadas⁹. El hecho de que la Ley 100 de 1993 haya determinado dentro del régimen jurídico de las ESE, la posibilidad de recibir transferencias, dada la naturaleza de su servicio y la importancia que para el Sistema de Salud revisten estos recursos, justifica que mediante la Ley 1122 de 2007 se haya concretado esa necesidad ya definida por ley, y se le haya permitido al Gobierno la reglamentación pertinente.

5.4.4. Por ende, comparte la Corte las consideraciones del señor Procurador sobre la constitucionalidad de la previsión acusada en este caso concreto, dado que el régimen jurídico de las ESE ya había previsto tales transferencias en la Ley 100 de 1993 y existe un claro marco legal en el inciso acusado, para la reglamentación de las mismas por parte del Ejecutivo. Por lo tanto, el literal c) es a juicio de la Corte, constitucional.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- Declarar INEXEQUIBLES:

a. Los literales b) y d) del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007;

a. el parágrafo 1 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007;

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado:

a) El literal a) del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que los decretos reglamentarios versan sobre los aspectos técnicos de los criterios establecidos por el legislador, con excepción de las expresiones “creación” y “transformación” que se declararán inexecutableS;

b) el literal c) del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007;

c) el parágrafo 3 del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, salvo las expresiones “conformación de juntas directivas, nombramiento, evaluación y remoción de gerentes, régimen salarial, prestacional,” que se declaran INEXEQUIBLES.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

AUSENTE EN COMISION

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

IMPEDIMENTO ACEPTADO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento Parcial de Voto a la Sentencia C-953/07 del Magistrado JAIME ARAUJO RENTERIA

INCONSTITUCIONALIDAD POR INCONSISTENCIA LOGICA (Salvamento parcial de voto)

Las mismas razones y argumentos que condujeron a declarar la inconstitucionalidad de algunos literales y apartes demandados, se predicán así mismo del resto de la disposición demandada

Referencia: Expediente D-6763

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 (parcial) de la Ley 1122 de 2007

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito salvar parcialmente mi voto a la presente decisión, toda vez que considero que en esta sentencia se da lugar a una inconsistencia lógica, ya que las mismas razones y argumentos que condujeron a declarar la inconstitucionalidad de algunos de los literales y apartes demandados, se predicán así mismo del resto de la disposición demandada, por lo cual considero que por los mismos argumentos expuestos todas las expresiones demandadas son inconstitucionales.

Con fundamento en lo anterior, discrepo parcialmente de la presente decisión.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Se trata del artículo 154 de la Ley 100 de 1993, que en los literales c y f dice lo siguiente: Art. 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio públicos de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48,49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines: (...) c. Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud. (...) f. Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad”.

2 Sentencia C-811 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Ver sentencia C-1112 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido ver, entre otras, la sentencia C-1114 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

4 ARTÍCULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

5 A.V. M. Álvaro Tafur Galvis a la Sentencia C-1258/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño en la que se dijo “dentro del concepto de descentralización, tal como lo acepta tradicionalmente la doctrina, la autonomía administrativa es elemento indispensable pero, en este caso, su regulación compete con amplitud a la ley y pone en juego no tanto los principios de unidad y autonomía constitucional sino aquellos otros de supremacía y descentralización, tal como se desprende de los artículos 189, 209 y 210 de la Constitución.”

6 Ver al respecto entre otras las sentencias C-484/95 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-295/95 M.P. Fabio Morón Díaz, C-1051/01 M.P. Jaime Araujo Rentería C-1258/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

7 Sentencia C-570 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

8 Sentencia C-665 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández).

9 Sentencia C-533 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Gálvis).