

Sentencia T- 536-09

Referencia: expediente T- 2.200.042

Accionante: Saludcoop EPS

Demandado: Superintendencia Nacional de Salud.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de las sentencias de amparo proferidas los días 2 de diciembre de 2008 por el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá y 4 de febrero de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado por Saludcoop EPS contra la Superintendencia Nacional de Salud.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.

Los hechos relatados por el peticionario de amparo son los siguientes:

1. La Ley 100 de 1993 autorizó los procesos de integración vertical, que consisten en la posibilidad de que las funciones de aseguramiento y de prestación del servicio de salud provengan de una misma organización empresarial.

1. Posteriormente, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 restringió dicho proceso de integración vertical, señalando que las EPS no podían contratar con sus propias IPS, sino hasta el 30% de esos valores. Tal disposición fue demandada ante la Corte Constitucional, la cual en sentencia C- 1041 de 2007 decidió lo siguiente:

“Primero.- Declarar exequible, por los cargos analizados, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia.

Segundo.- Declarar exequible el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2005, en el entendido de que dicho plazo comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud, ésta le notifique a la EPS respectiva, que debe ajustar su integración vertical al 30%.

1. Agrega el accionante, que tales condicionamientos son razonables si se tiene en cuenta que las EPS contratan la mayoría de las prestaciones de servicios de salud, especialmente las urgencias y las derivadas de la libre elección del afiliado, bajo la modalidad del “evento”. Esto quiere decir que la EPS paga los servicios médicos derivados de las anteriores situaciones, una vez éstas han ocurrido y no antes. Básicamente, porque es imposible prever cuántos casos de urgencias ocurrirán o cuántos afiliados escogerán libremente una IPS propia. En otras palabras “una EPS no puede asignar de antemano, un valor específico de contratación con una red propia o externa de IPS sobre estos dos ítems”.

1. Afirma que el 4 de junio de 2008, la Superintendencia Nacional de Salud profirió la resolución número 00640 “Por la cual se ordena a la entidad promotora de salud organismo cooperativo Saludcoop ajustar sus porcentajes de contratación de gasto en salud con sus IPS propias al monto señalado en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007”. En la parte considerativa de dicha resolución, se señala que “sumados los porcentajes de contratación con las IPS propias establecidos en los numerales 4 y 5 se concluye que Saludcoop a través de la figura de grupo empresarial contrata en salud con las IPS propias el 58.2204181%”. Así mismo, precisó que “de conformidad con el reporte suministrado por la entidad a su cargo, encuentra que NO está ajustado dentro de los parámetros previstos de los porcentajes de contratación con sus IPS propias, y en consecuencia, deberá corregir el exceso de los límites previstos en el artículo 15 de la ley 1122 de 2007”.

1. Explica el peticionario que la anterior cifra fue obtenida a partir de la información de la atención en salud de 2007, y fue brindada por la EPS Saludcoop antes de conocer el texto de la sentencia C- 1041 de 2007, en donde la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007. Agrega que “en esa relación de la información ofrecida por la EPS, no se discriminó aquel gasto derivado de la atención de urgencias, de acuerdo a como lo precisó la decisión de constitucionalidad, esencialmente porque en esa fecha no se conocía la sentencia”.

1. El 8 de junio de 2008, fue interpuesto un recurso de reposición contra la mencionada resolución, indicando que con ella se violó el debido proceso por (i) no existir una actuación previa de la Superintendencia; y (ii) por desconocimiento de la sentencia C- 1041 de 2007. Insiste en que la información que se tuvo en cuenta para adoptar la decisión fue aquella reportada antes de ser proferido el fallo de constitucionalidad, y que igualmente “en el recurso de reposición, Saludcoop destacó que (i) nunca tuvo la oportunidad de precisar qué valor de la contratación era por la prestación del servicio de urgencias, (ii) ni indicar que la determinación de dichos valores,

al igual que el porcentaje de libre escogencia, sólo puede hacerse “a posteriori” y no “a priori”, es decir, una vez que tales servicios médicos han sido prestados”.

1. El recurso de reposición fue resuelto el día 11 de agosto de 2008, mediante resolución núm. 01100, en el sentido de no reponer la resolución, por cuanto, a su juicio, de la sentencia de la Corte se colige que el límite a la integración vertical (30%) incluye la atención en urgencias y la libre elección de los usuarios.

1. En concepto del accionante, la interpretación acordada por la Superintendencia desconoce lo decidido por la Corte en su sentencia C- 1041 de 2007, “al afirmar que ni siquiera en los casos de urgencias y de libre elección se puede superar el límite del 30% del gasto en salud contratados con IPS propias. Además, dicha interpretación es irrazonable, porque no toma en cuenta que el cálculo de los porcentajes en atención de urgencias y libre escogencia sólo puede hacerse después de prestados los servicios de salud, y por lo tanto, no hay modo de “darles prioridad”.

1. Admite que si bien existen otras vías procesales, se pretende evitar la causación de un perjuicio irremediable. Para tales efectos, se aporta material probatorio encaminado a demostrar (i) las nefastas consecuencias que comporta la inatención médica en casos de urgencias; (ii) las consecuencias negativas que tendrían la restricción de libre elección de los afiliados, en la atención integral de ciertas enfermedades; y (iii) la afectación a la red de urgencias de municipios apartados.

1. Así las cosas, el accionante estima que los actos administrativos proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud configuran vías de hecho por defecto sustantivo y desconocimiento de la jurisprudencia constitucional.

1. En resumen el peticionario solicita lo siguiente:

“1. TUTELAR de forma transitoria los derechos fundamentales al debido proceso y de asociación de Saludcoop EPS, amenazados y afectados por las decisiones que fueron tomadas por la Superintendencia Nacional de Salud en las resoluciones 0640 de 2008 y 01100 de 2008.

2. En consecuencia, ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud la INAPLICACION de las resoluciones 0640 de 2008 y 01100 de 2008, proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud, hasta que la justicia contencioso administrativa se pronuncie.

3. ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud, que en el futuro realice actuaciones administrativas previas, y evite exigir dentro del límite del 30% de integración vertical, establecido en el artículo 15 de la ley 1122 de 2007, la inclusión de la contratación por atención de urgencias y por libre escogencia de sus afiliados, por lo menos hasta que la justicia contencioso administrativa se pronuncie de manera definitiva”.

2. Respuesta de la entidad accionada.

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante escrito fechado 26 de noviembre de 2008, se opuso a las peticiones del accionante, con base en los siguientes argumentos.

Asegura que la entidad fijó los criterios a partir de los cuales se definió la noción de “IPS propia”, entendiéndose como tal aquellas que se encuentran en las situaciones descritas en el artículo 260 del Código de Comercio, el cual señala “Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

En cuanto a la supuesta violación al derecho de asociación, la autoridad accionada responde que “de prosperar dicha tesis habría sido declarada inexecutable por el máximo Tribunal Constitucional”.

En cuanto a las actuaciones desplegadas por la entidad, afirma que mediante acto identificado con el NURC 4015-2-0029445 de fecha 6 de noviembre de 2007, fijó los criterios bajo los cuales debía entenderse la noción de IPS propia, con el fin de que Saludcoop remitiera la relación de las IPS propias e indicara el porcentaje de contratación de la EPS con cada una de ellas. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 15 de la ley 1122 de 2007, que estableció un período de transición para que las EPS que sobrepasaran el 30% de la contratación del valor del gasto en salud con sus IPS propias, se ajustaran a aquél.

Salducoop, mediante oficio fechado 19 de noviembre de 2007, remitió la información solicitada, “de acuerdo con cada uno de los parámetros indicados por el ente de control”.

Posteriormente, la Superintendencia, mediante oficio de 26 de febrero de 2008, informó a Saludcoop acerca de la declaratoria de exequibilidad del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, “indicando que una vez se conociera el texto completo, impartiría las instrucciones a que hubiera lugar”.

Agrega que “de lo anterior es claro que la Circular Única 047 de 2007, modificada por la Circular 049 de 2008, incorporó los lineamientos señalados en la comunicación identificada con el NURC 4015-2-0029445 de fecha 6 de noviembre de 2007”.

Indica que una vez conocido el texto completo de la sentencia, la entidad, mediante resolución núm. 00640 del 4 de junio de 2008, le ordenó a Saludcoop “ajustar los porcentajes de contratación de gasto en salud, con sus IPS propias al monto señalado en el artículo 15 de la ley 1122 de 2007, directamente y a través de su Grupo Empresarial, concordancia con la sentencia C- 1041 de 2007”.

La mencionada resolución fue debidamente notificada a Saludcoop, habiéndose interpuesto recurso de reposición, el cual fue resuelto negativamente el 27 de agosto de 2008. Al respecto, resulta pertinente señalar que la entidad consideró lo siguiente:

“En concordancia con lo anterior, el término de transición de que trata el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, comienza a contarse a partir de la notificación de la resolución núm. 00640 del 4 de junio de 2008, la cual se surtió mediante edicto, que se desfijó el día 2 de

julio de 2008, en orden a lo dispuesto mediante sentencia C- 1041 de 2007”.

Explica asimismo que una lectura atenta de la sentencia indica que, de manera alguna, la Corte autorizó a las EPS a superar el porcentaje del 30% de contratación de aquéllas con sus propias IPS.

En cuanto a la supuesta vulneración al derecho al debido proceso administrativo, insiste que se adelantaron todas las actuaciones correspondientes; que igualmente el recurso interpuesto fue resuelto en término, concluyendo que “se observa con extrañeza, que sólo hasta tanto se expidió la decisión contenida en la resolución núm. 0640 de 2008, se rebata tanto la existencia, como la validez de las actuaciones que no fueron controvertidas en su momento, al punto de argüir el actor que se cercenó la oportunidad de expresar sus opiniones e intervenir durante el trámite previo a la expedición de dicho acto administrativo. Por tanto, no puede la EPS, ante una decisión que le ordenó ajustar el porcentaje de su contratación, con base en la información que el efecto remitió, utilizar como excusa, que se cercenó la oportunidad de intervenir en la actuación, de ser así, no hubiere atendido lo pedido en los términos allí consignados o habría solicitado alguna explicación al respecto”.

Asimismo, aclara que la entidad, para el momento en que se conoció el texto de la sentencia C- 1041 de 2007, había fijado de manera previa los criterios objetivos a los cuales hizo mención la Corte en sus consideraciones, a partir de las cuales Saludcoop remitió el porcentaje de contratación del gasto en salud con sus propias IPS. Posteriormente, con base en dicha información, le notificó a Saludcoop la resolución núm. 0640 de 2008, indicándole que, a partir de ese momento, empezaba a contarse el término de transición para que ajustara su integración vertical al 30% fijado por el legislador. El anterior acto administrativo fue impugnado y mediante resolución núm. 01100 de 2008 confirmado.

Agrega que “aunque en la apariencia se quiera exaltar la preocupación de las EPS, en este caso SALUDCOOP, por la imposibilidad de dar aplicación a la condición del artículo 15 de la ley 1122 de 2007, es claro que dicha argumentación carece de todo sentido de verdad, pues las EPS deben contar con la programación del gasto que van a ejecutar y tienen un año para realizar el respectivo ajuste, desde la fecha de notificación

del acto administrativo núm. 0640 de 2008. Lo que pareciere ser la preocupación de fondo es que con la aplicación de la disposición se llegue a reducir su participación en el mercado”.

En suma, la Superintendencia alega que no incurrió en vía de hecho alguna, por cuanto, con antelación dio a conocer los criterios objetivos a tener en cuenta por las EPS para determinar el porcentaje de contratación con sus propias IPS; y además, la Corte Constitucional ratificó la facultad con que cuenta el organismo de control para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 1122 de 2007.

3. DECISIONES JUDICIALES.

1. Primera instancia.

El Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2008 decidió negar el amparo solicitado, argumentando las siguientes razones.

En cuanto a la supuesta violación al derecho al debido proceso administrativo, el juzgador consideró que la entidad demandada cumplió con todo el procedimiento establecido en sentencia C- 1041 de 2007 “sin que se presenten fallas procedimentales que permitan concluir que efectivamente a SALUDCOOP EPS se le vulneraron los derechos fundamentales reclamados”.

En efecto, la entidad fijó los criterios objetivos para definir qué se entiende por “IPS propia”, habiendo procedido luego a solicitar la información correspondiente a la peticionaria. No se trató por tanto de una actuación administrativa secreta, sino que la EPS contó con la oportunidad de remitir la información solicitada, sin haber efectuado reparo alguno contra la comunicación, y habiendo interpuesto los recursos pertinente frente al acto administrativo.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sido constante en señalar la improcedencia del amparo contra actos administrativos, por cuanto existen otros medios de defensa judicial. Así mismo, no existen elementos de juicio que demuestren que efectivamente se producirán los conocidos como “paseos de la muerte”.

Por último, indica que desde el 2 de junio de 2008 empezó a correr realmente el período de transición que le permitirá a la peticionaria ajustarse al porcentaje legal y acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1. Impugnación.

La accionante impugnó en término el fallo de primera instancia con base en los siguientes argumentos.

Insiste en que la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 15 de la ley 1122 de 2007, en el sentido de que el límite a la integración vertical no podía oponerse ni a la atención de urgencias ni al derecho con que cuenta el usuario a optar por recibir atención en salud de una IPS que sea de propiedad de la EPS.

Agrega que la Superintendencia violó el debido proceso, por cuanto no obedeció a la exigencia de reglamentar previamente el tema de la integración vertical, en el sentido de lo previsto en la sentencia C- 1041 de 2007. Así pues, “las resoluciones 0640 y 01100 de 2008 fueron dictadas sin la apertura de un procedimiento administrativo oficioso y sin que la EPS pudiera intervenir para discutir los criterios de la Superintendencia”.

Insiste en que la decisión del Juzgado no observa adecuadamente la cronología de los hechos. En tal sentido, indica que una vez proferido el fallo de constitucionalidad, el Ministerio de la Protección Social debía reglamentar el tema de la libre elección de los usuarios, normatividad que, por el momento, es inexistente. Tampoco existe una reglamentación posterior a la sentencia C- 1041 de 2007 y anterior a las resoluciones 640 y 01100 de 2008, referentes a las nociones de “gasto en salud” y “contratación”.

Además, las reglamentaciones existentes sobre “IPS propias” son anteriores al fallo de la Corte y no posteriores. Así las cosas “las reglamentaciones sobre IPS propias, dictadas por la Superintendencia antes del pronunciamiento de la Corte, no pudieron incluir las nuevas sub-reglas establecidas en la sentencia”.

Más adelante, señala lo siguiente:

“El debido proceso de Saludcoop fue vulnerado porque (i) no existió ninguna reglamentación que fuera proferida con posterioridad a que se conociera el texto de la sentencia C- 1041 de 2007; (ii) que involucrara los lineamientos establecidos por la sentencia; (iii) que fuera dictada antes de la resolución 640 de 2008, en donde ordenó la integración vertical, y además, (iv) estuviera precedida de un proceso administrativo, tal y como lo ordena el Código Contencioso Administrativo”.

De igual manera, explica que la Superintendencia obliga a la EPS a algo irrazonable: la somete a calcular dentro del límite de integración vertical del 30% el gasto en salud derivado de libre escogencia y urgencias. “Hacer esta previsión es un imposible fáctico, por la naturaleza misma de lo que significa la atención inicial de urgencia y la libre escogencia”.

En cuanto a la inminencia del daño, alega que la suspensión del acto administrativo no es un mecanismo efectivo para la protección de derechos fundamentales.

1. Segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 4 de febrero de 2004 decidió confirmar la providencia de primera instancia, por las razones que pasan a explicarse.

En cuanto al plazo de un año con que cuentan las EPS para ajustar su integración vertical al 30%, consideró el Tribunal que para hacer cumplir tal porcentaje la Superintendencia no requería de la sentencia porque de conformidad con la letra c) del artículo 39 de la ley 1122 de 2007, le corresponde a aquélla “vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Señala igualmente que la accionante conoció las actuaciones desplegadas por la Superintendencia, solicitó pruebas e interpuso recursos, por lo que la acción de tutela no puede convertirse en un mecanismo alternativo para proteger sus derechos.

Finalmente, señala que la entidad peticionaria puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, a efectos de atacar las resoluciones proferidas

por la Superintendencia.

III. PRUEBAS.

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

* Petición de amparo.

* Respuesta de la entidad accionada.

* Fallos de instancia.

* Resoluciones proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud.

IV. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN.

Durante el trámite de revisión, los apoderados de la Superintendencia Nacional de Salud y de la accionante, respectivamente, presentaron sendos escritos reafirmando sus argumentos sobre la materia.

La Sala de Revisión, mediante auto del 21 de mayo de 2009 decretó las siguientes pruebas:

“1. ORDENAR que por Secretaria General de la Corte Constitucional se oficie al Ministerio de la Protección Social, a efectos de que dentro de los tres (3) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación remita a esta Corporación la regulación referente a la información que deben dar las EPS a sus usuarios en relación con la libre elección de la IPS que los atenderán, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1122 de 2007, y en los términos de lo dispuesto en sentencia C- 1041 de 2007.

El Ministerio de la Protección Social, mediante escrito radicado en la Corte el 4 de junio de 2009, indicó que el derecho que tienen los usuarios a la libre escogencia de EPS e IPS se encuentra regulado en diversos artículos de la Ley 100 de 1993, en especial, los

artículos 180, 185 y 194, al igual que el artículo 14 del decreto 1854 de 1994. Agrega que el CNSSS adoptó medidas en materia de libre elección dentro del régimen subsidiado, y que igualmente el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución núm. 1817 de 2009, mediante la cual se definen los lineamientos de la Carta de Derechos de los Afiliados y de los Pacientes en el SGSSS y la Carta de Desempeño de las EPS de los regímenes contributivo y subsidiado.

A su vez, mediante oficio radicado en la Secretaría de la Corte el día 3 de junio de 2009, la Superintendencia Nacional de Salud remitió toda la documentación referente a su labor en relación con la situación de la EPS Saludcoop.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar y decidir la presente acción de tutela.

2. Problema jurídico planteado.

En el presente caso, Saludcoop EPS alega que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la expedición de las resoluciones núm. 640 y 01100 de 2008, vulneró su derecho al debido proceso administrativo, motivo por el cual solicita que, como mecanismo transitorio, se ordene inaplicar los mencionados actos administrativos, hasta que la justicia contencioso administrativa se pronuncie.

En pocas palabras, la entidad accionante alega que la Superintendencia Nacional de Salud desconoció lo decidido en sentencia C- 1041 de 2007, por cuanto, en su concepto, la Corte Constitucional (i) estimó que el límite del 30% de integración vertical entre las EPS y sus propias IPS no comprendía la atención de urgencias, ni tampoco el porcentaje atinente al ejercicio de derecho a la libre elección del usuario; y (ii) acordó un plazo de un año a las EPS que excedieran el mencionado porcentaje, contado a partir del momento en que, con base en criterios objetivos, la mencionada Superintendencia le notificara a la respectiva EPS que debía ajustar su integración al 30%. Los anteriores

condicionamientos, en opinión del accionante, no han sido respetados por la entidad accionada por cuanto, no ha procedido a fijar los mencionados criterios objetivos, e igualmente, ha entendido que dentro del porcentaje del 30% se deben integrar los gastos en urgencias y los casos de libre selección del usuario.

La Superintendencia Nacional de Salud, por su parte, considera que (i) efectivamente el fallo de la Corte afirma que el límite de integración vertical del 30% entre las EPS y sus propias IPS comprende la atención de urgencias y el derecho de los usuarios a seleccionar libremente su IPS; y (ii) contrario a lo sostenido por Saludcoop EPS, sí fijó los criterios objetivos que permitan precisar el sentido y alcance de la expresión “sus propias IPS”, remitiéndose para ello al artículo 260 del Código de Comercio, motivo por el cual no se presentaría vulneración alguna al derecho al debido proceso administrativo.

Puestas así las cosas, la Sala de Revisión procederá a (i) sintetizar los principales aspectos de la parte motiva de la sentencia C- 1041 de 2007, en especial, aquellos directamente relacionados con los condicionamientos que figuran en la parte resolutive del fallo, es decir, la ratio decidendi; (ii) reiterará su jurisprudencia sobre procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos; y (iii) resolverá el caso concreto.

3. Principales aspectos de la parte motiva de la sentencia C- 1041 de 2007, en especial, aquellos directamente relacionados con los condicionamientos que figuran en la parte resolutive del fallo.

La Ley 100 de 1993 no estableció límites al fenómeno de integración vertical entre las EPS y sus propias IPS, situación que vino a cambiar con la adopción del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, a cuyo tenor:

“Artículo 15. Regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante. Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley, las condiciones de competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés, de cualquiera de los actores del sistema de salud.

Dése un período de transición de un (1) año para aquellas EPS que sobrepasen el 30% de que trata el presente artículo para que se ajusten a este porcentaje.

Parágrafo. Las EPS del Régimen Contributivo garantizarán la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público.”

La constitucionalidad de la totalidad del artículo citado fue demandada en acción pública de inconstitucionalidad por un ciudadano, actuando además en representación de Saludcoop EPS, con fundamento en los siguientes cargos:

“1. El artículo 15 de la Ley es inconstitucional porque conlleva una restricción irrazonable y desproporcionada de la libertad de empresa y de la libertad de competencia económica (Art. 333 y 334 C. P.), en perjuicio no sólo de los actores del mercado sino de los propios usuarios del servicio de salud. A juicio del demandante, se trata de una medida que por un lado implica un alto sacrificio de las libertades económicas de las entidades promotoras y una alta afectación de los derechos de los usuarios del sistema, mientras que por otra parte solo satisface levemente las finalidades que persigue, cuales son evitar el abuso de la posición dominante de las EPS, garantizar eficiencia en la prestación de los servicios de salud y solventar la crisis de la red pública hospitalaria a las cuales supuestamente apunta la disposición acusada. Razón por la cual no cumple los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que debe satisfacer una medida de esta naturaleza y deviene en contraria a la Constitución.

2. El artículo 15 demandado es inconstitucional porque desconoce los derechos a la salud y a la seguridad social, particularmente en lo referido a los principios de eficiencia y universalidad, en concordancia con el derecho a la autonomía personal (Art. 16, 48 y 49 C. P.). El desconocimiento del principio de eficiencia tendría lugar porque, según el demandante, la limitación de la integración vertical introduce mayores costos y complejidad al sistema, lo cual a su vez redundaría en un encarecimiento en la prestación de los servicios de salud y una disminución de la calidad de aquellos que actualmente se

prestan. El principio de universalidad resultaría afectado porque –siempre según el demandante– la limitación de la integración vertical, castiga a las EPS eficientes económicamente y le impide captar un mayor número de afiliados. Finalmente, el derecho a la autonomía individual de los usuarios y su derecho a la salud resulta menoscabado al impedirseles elegir libremente las instituciones prestadoras y al quedar expuestos a un esquema de prestación del servicio público de salud ineficiente y con menos recursos.

3. El actor sostiene que el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 vulnera el principio de confianza legítima desde una doble perspectiva: en primer lugar, debido a la restricción impuesta a las EPS de contratar el gasto en salud con sus propias IPS, la cual va aparejada con la obligación de contratar con las instituciones prestadoras de salud de carácter público; en segundo lugar, porque sólo se da el plazo de un año para que aquellas EPS que actualmente sobrepasan el 30% de contratación del gasto de salud con sus propias IPS para que se ajusten a la nueva regulación. Afirma que las EPS realizaron cuantiosas inversiones y profundas organizaciones empresariales, encaminadas al desarrollo e implementación de la integración vertical en aras de lograr la eficiencia, de allí que “Cuando se han creado serias expectativas de estabilidad (confianza legítima), no pueden existir cambios abruptos en las reglas de juego. Un cambio sustancial requiere ir acompañado de otros mecanismos como la gradualidad o períodos de transición”. Agrega que el término de un año no es un plazo razonable para adaptarse a la nueva situación. En tal sentido, “existe alta probabilidad de que en dicho término no se logre rediseñar el esquema de prestación de servicios sin atentar contra el derecho a la salud de los afiliados al sistema”.

5. El párrafo del artículo 15 es inconstitucional porque desconoce el principio de reserva de ley (Art. 150, 189- 11 y 333 CP), en concordancia con el principio de Estado de Derecho (art. 1º CP), el debido proceso (art. 29 CP) y el principio de legalidad (Art. 29 y 84 CP). Asegura el demandante que no es claro como las EPS satisfacen el requisito de garantizar “la inclusión en sus redes de Instituciones Prestadoras de Salud de carácter público”, estima por lo tanto que la norma limita las libertades económicas pero adolece de vaguedad e imprecisión, lo cual comporta violación de los artículos 1, 29, 84 y 333 de la Constitución, en la medida en que no se asegura certeza sobre el deber en cabeza de las EPS. La falta de precisión legal acarrea una vulneración de los principios

de legalidad y debido proceso, de suerte que la concreción de los requisitos para el ejercicio de la libertad de empresa no está en cabeza del legislador, como lo demanda el artículo 333 Superior, pudiendo la administración fijarlos libremente.

Vale la pena destacar que, en el curso del trámite de la acción pública, Saludcoop EPS presentó igualmente una intervención ciudadana, e igualmente el ciudadano remitió otros escritos a la Corte, precisando algunos aspectos de su demanda. En otras palabras, el pronunciamiento de la Corte en sede de control abstracto de las leyes fue promovido por la entidad accionante en el presente asunto.

A efectos de resolver los anteriores cargos, la Corte adelantó algunas consideraciones en relación con (i) el derecho a la salud en el ordenamiento constitucional colombiano; (ii) el principio de Estado social de derecho, la intervención del Estado en la economía y el alcance de las libertades económicas en materia de servicios públicos, especialmente en materia del servicio público de la atención en salud; (iii) examinó el contenido y alcance la norma acusada; (iv) adelantó un test de proporcionalidad entre la medida legal y la libertad de empresa; (v) examinó la supuesta inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 15 por desconocer los derechos a la salud y a la seguridad social, particularmente en lo referido a los principios de eficiencia y universalidad, en concordancia con el derecho a la autonomía personal; (vi) adelantó un examen de los incisos primero y tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 por la supuesta vulneración del principio de confianza legítima; (vii) analizó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007; y finalmente (viii) examinó la constitucionalidad del párrafo del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

Ahora bien, una lectura integral del texto de la sentencia C- 1041 de 2007 apunta a señalar que el legislador se encontraba legitimado para intervenir en el derecho a la libre competencia, mediante el establecimiento de un límite racional y proporcional al fenómeno de la integración vertical entre las EPS y sus propias IPS. Lo anterior por cuanto, con la medida se buscaba (i) ante todo, mejorar la calidad del servicio de salud en Colombia, evitando y controlando abusos de posición dominante que las EPS pudiesen realizar en el futuro, o realizan, en el mercado y (ii) ayudar a superar la crisis por la que atraviesa el sector público de salud en Colombia, en cuanto a que la integración vertical dificulta, o evita si se quiere, la contratación de servicios de las EPS con la red

pública hospitalaria.

En cuanto al tema del porcentaje del 30%, en tanto que límite a la integración vertical entre las EPS y sus propias IPS, en punto al derecho que tienen los usuarios para seleccionar el prestador de sus servicios, la Corte señaló lo siguiente:

“La libertad de escogencia de los afiliados, además de ser una garantía conexas al derecho de acceso a prestaciones en materia de salud, guarda estrecha relación con el derecho fundamental de la dignidad humana, dentro de cuyo haz de conductas protegidas se encuentra la autodeterminación del sujeto en la toma de decisiones que lo afectan, entre las que se cuentan la escogencia de las instituciones prestadoras de servicios de salud; al igual que con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como derecho de libertad in nuce, que protege ámbitos de la autonomía individual no protegidos por derechos de libertad específicos.

Esta libertad está reconocida por el artículo 159.4 de la Ley 100 de 1993, como una garantía de los afiliados, y dentro de las finalidades perseguidas por la reforma al marco normativo del sistema general de seguridad social en salud estaba la de crear mecanismos idóneos para su garantía¹, así el artículo 25 de la Ley 1122 de 2007 confía al Ministerio de la protección social la definición de los mecanismos para que las EPS de los diferentes regímenes garanticen a los afiliados la posibilidad de escoger entre las diferentes opciones de IPS existentes en la red ofrecida por la aseguradora en su área de influencia. Adicionalmente el párrafo del mismo artículo señala que el usuario cuya libertad de escogencia sea menoscabada o al cual se le haya prometido falsamente obtener servicios de una determinada red de prestadores puede cambiar de EPS sin importar su tiempo de permanencia en esta.

En ciertos casos la limitación de la integración vertical y de la posición dominante de las EPS, mediante la restricción del monto de contratación de los gastos de salud con las IPS propias, puede conducir a una limitación de la libertad de escogencia de los afiliados, pues éstos no podrían elegir para la prestación de servicios de salud IPS propiedad de la EPS a la cual están afiliados, cuando entre estas entidades se hubiera alcanzado el monto del 30% de la contratación del valor de los gastos de salud legalmente permitido. Lo anterior evidencia una tensión entre las finalidades constitucionalmente legítimas que

persigue la disposición acusada por una parte, y el derecho de acceso a prestaciones en materia de salud, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de los usuarios del sistema, garantizados mediante la libertad de escogencia de las instituciones prestadoras.

Se trata, sin embargo, de una tensión que no acarrea como consecuencia la inconstitucionalidad de la disposición acusada, pues puede ser solucionada mediante una interpretación condicionada del inciso primero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007. Por tal razón este enunciado normativo será declarado exequible en el entendido que la limitación a las EPS de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados.

Ahora bien, el anterior condicionamiento no debe entenderse en el sentido que las EPS pueden superar el límite al 30% del valor de la contratación del gasto de salud con sus propias IPS señalado en el inciso primero del artículo demandado, pues de ser así la disposición acusada quedaría sin ningún efecto práctico, sino en el sentido que el límite legalmente establecido a la contratación de los gastos en salud para efectos de restringir la integración vertical entre EPS e IPS propias no puede ser alegado por las primeras como un pretexto para obstaculizar la libertad de escogencia de los afiliados.

Adicionalmente para que el condicionamiento introducido cumpla la finalidad de garantizar la libertad de escogencia de los afiliados considera esta Corporación que el Ministerio de la protección social debe regular la materia, tal como prevé el artículo 25 de la Ley 1122 de 2007, de manera tal que la EPS informe a los usuarios de forma permanente y especialmente en cada oportunidad en que les sea prescrito un procedimiento, una actividad, una intervención o en general cada vez que requieran un servicio en salud, diferentes opciones de IPS existentes en la red ofrecida por la aseguradora en su área de influencia (negritas y subrayados agregados).

Queda entonces claro que, de manera alguna la Corte entendió que las EPS podían superar el porcentaje legal del 30% de integración vertical con sus propias IPS. Entender lo

contrario significaría, como lo indica la Corte, dejar sin efectos prácticos la limitante legal. Otro tanto sucede con el tema de la atención en urgencias. En efecto, el juez constitucional consideró lo siguiente:

Por otra parte, considera esta Corporación que la limitación a la contratación del valor de los gastos de salud tampoco puede afectar los servicios de urgencia prestados por las IPS, pues de ser así no sólo se afectaría el derecho a la atención de la salud de los usuarios del sistema, sino también se pondrían en riesgo otros derechos fundamentales tales como la vida, el mínimo vital, la dignidad humana o la integridad personal del afiliado. En efecto, por sus características la atención de urgencia² implica la pronta provisión de servicios en salud los cuales no pueden ser diferidos por las instituciones prestadoras bajo ninguna circunstancia. En consecuencia, también se condicionará la disposición acusada en el sentido que en todo caso se deberán atender los eventos de urgencia.

Por otra parte, en cuanto al plazo con que cuentan las EPS para ajustarse su integración vertical con sus propias IPS al límite legal del 30%, estimó la Corte lo siguiente:

“Finalmente, el Legislador previó un plazo para que las EPS se adaptaran a la nueva regulación que limita la integración vertical, por lo que expresamente se contempló la gradualidad en la transición al nuevo régimen y en esa medida el cambio introducido a las reglas de juego previamente existentes no fue abrupto, pues el inciso tercero de la disposición demandada establece un período de transición para que las entidades promotoras se ajusten a los nuevos límites legales en materia de contratación de los gastos de salud con sus IPS propias.

Ahora bien, el demandante alega que en todo caso el término de un año establecido en el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 es insuficiente para que las EPS se adapten a la nueva regulación, lo que acarrearía la inconstitucionalidad de la limitación a la integración vertical. Para resolver este cargo es importante determinar su alcance, pues a juicio de la Sala esta acusación se dirige contra la duración del periodo de transición previsto por el Legislador y no contra la limitación de la contratación de los gastos de salud entre una EPS y sus IPS propias, medida que como se ha sostenido previamente es ajustada a la Constitución.

Al respecto cabe señalar que en principio el plazo de un año parece adecuado para cumplir

que aquellas EPS afectadas con la medida introduzcan los ajustes en materia de contratación exigidos por el enunciado normativo demandado, sin embargo, algunos de los intervinientes -como por ejemplo SALUDCOOP- aseguran que actualmente algunas EPS superan ampliamente el porcentaje legalmente señalado, de manera que el término reconocido por la ley sería insuficiente en aras de garantizar una adecuada atención en materia de salud a sus afiliados, mientras diseñan un nuevo esquema de contratación.

Por otra parte, como se anotó en un acápite precedente de esta decisión, la disposición demandada exige para su efectiva aplicación que previamente sea establecido el porcentaje de contratación de los gastos en salud de una EPS "con sus propias IPS", lo cual, por una parte, requiere que sea precisado el alcance de dicha expresión contenida en el inciso primero de la disposición demandada, al igual que el sentido de la fórmula empleada por el Legislador para limitar la integración vertical, a saber la prohibición de la contratación de más del 30% del valor del gasto en salud. En ese orden de ideas la aplicación del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 supone que la Superintendencia Nacional de Salud, como órgano encargado de hacer cumplir esta disposición, en virtud de sus atribuciones en materia de inspección, vigilancia y control previamente establezca que una entidad promotora vulnera el límite señalado por la Ley para que esta inicie el proceso de ajuste para adecuar su contratación a los porcentajes legales.

Considera entonces esta Corporación que el plazo de un año previsto en el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 no puede contarse de manera automática, a partir de la entrada en vigor del precepto en cuestión, sino que requiere que se surta una serie de actuaciones para que dicho término cumpla la finalidad de permitir la gradualidad en la transición entre regímenes legislativos. Por tal razón se condicionará su constitucionalidad al entendido que el plazo de un año comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud para definir que se entiende por contratar con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud, la entidad de control le notifique a la EPS respectiva que debe ajustar su integración vertical al porcentaje legalmente establecido.

Finalmente, en cuanto a las labores que debía desarrollar la Superintendencia Nacional

de Salud en relación con la aplicación del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, la Corte señaló lo siguiente:

El artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 hace referencia tanto al grado de integración vertical -al establecer un límite al porcentaje de los gastos de contratación entre EPS e IPS- como a la forma de integración pues utiliza el criterio de propiedad para determinar la forma de control que han de tener las EPS sobre las IPS para efectos de que opere la restricción legal. En esa medida la disposición demandada emplea expresiones y hace alusión a conceptos que requieren ser precisados para efectos de su aplicación tales como “con sus propias IPS”, contratación y gasto en salud, labor que en principio no corresponde a la Corte Constitucional sino a la Superintendencia de salud en virtud de las facultades que le otorga la misma Ley 1122 a las cuales se hará alusión más adelante, no obstante para efectos del examen de constitucionalidad del precepto acusado, a juicio de esta Corporación la medida introducida para efectos de limitar la integración vertical debe ser entendida en sentido amplio, es decir como una prohibición de toda forma comercial que implique un acuerdo de voluntades entre EPS e IPS para la provisión de prestaciones en materia de salud.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional resolvió lo siguiente:

“Primero.- Declarar exequible, por los cargos analizados, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia.

Segundo.- Declarar exequible el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2005, en el entendido de que dicho plazo comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud, ésta le notifique a la EPS respectiva, que debe ajustar su integración vertical al 30%.

Ahora bien, un examen integral y atento de la sentencia C- 1041 de 2007 indica que (i) el sentido del fallo apunta a justificar por completo la decisión del legislador en el sentido

de limitar en un 30% el fenómeno de la integración vertical entre las EPS y sus propias IPS; (ii) los condicionamientos fijados por la Corte no pueden entenderse en el sentido de exceptuar el cumplimiento del mencionado porcentaje, por cuanto ello conduciría, en la práctica, a desconocer el texto de la ley, y de contera, a incumplir el fallo de constitucionalidad de la Corte; (iii) el plazo fijado por la Corte, de un año, para que la Superintendencia Nacional de Salud fije y notifique a las EPS, mediante criterios objetivos qué debe entenderse por "IPS propias", debe comprenderse y aplicarse de conformidad con la realidad que evidencia la actuación administrativa desplegada en la materia por la Superintendencia Nacional de Salud. En otras palabras, la orden de la Corte carece de eficacia, si la mencionada entidad, al momento de proferirse el fallo, y en cumplimiento de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, ya había cumplido, en la práctica, con lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia C-1041 de 2007. En efecto, carece de toda lógica, y atenta contra los principios constitucionales que orientan la función administrativa, que la Superintendencia Nacional de Salud tenga que repetir toda una actuación, debidamente realizada en cumplimiento de la ley, por el hecho de que la Corte haya ordenado cumplir con una tarea, consistente en fijar unos criterios objetivos, la cual ya había sido previa y debidamente ejecutada, además con pleno conocimiento del ciudadano en acción pública de inconstitucionalidad y posterior accionante en sede de amparo constitucional.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos.
Reiteración de jurisprudencia.

De manera constante, la Corte ha considerado en relación con la procedencia de la acción de tutela como mecanismo efectivo para la protección de derechos fundamentales que podrían verse vulnerados o amenazados por mandamientos consagrados en actos emitidos por la administración que, por regla general, el amparo es improcedente para controvertirlos, por cuanto la competencia se encuentra radicada en la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, como excepción a esta regla la acción de tutela procederá de manera transitoria o definitiva si se constata, en el primer caso, la existencia de un perjuicio irremediable; y en el segundo, ante la falta de idoneidad de los recursos judiciales existentes.

Al respecto, el juez constitucional ha estimado que deben concurrir unas especiales condiciones que harían procedente el amparo transitorio, como son (i) que se produzca de manera cierta y evidente una amenaza sobre un derecho fundamental; (ii) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (iii) que su ocurrencia sea inminente; (iv) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales³.

Ahora bien, entre los derechos susceptibles de amparo mediante este instrumento constitucional se encuentra el derecho al debido proceso administrativo, entendido como “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.”⁴

En ese orden de ideas, se puede concluir que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos judiciales para su defensa. Sin embargo, procederá el amparo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez constitucional podrá suspender la aplicación del acto administrativo, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5. Resolución del caso concreto.

En el caso concreto, la Sala de Revisión considera necesario precisar los hechos que se encuentran probados en el proceso, para luego examinar si se ha presentado una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales de la entidad accionante.

5.1. Hechos debidamente probados dentro del proceso de tutela.

La Ley 1122 del 9 de enero de 2007 estableció un límite del 30 % a la contratación que pueden realizar las EPS con sus propias IPS.

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante comunicación identificada con el NURC 4015-2-0029445, fechada 6 de noviembre de 2007, dirigida a al Representante Legal de Saludcoop EPS, le informó que, en aplicación del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, debía remitirle la “relación de las instituciones prestadoras de servicios de salud propias”. Lo anterior, por cuanto:

“Es de interés de este órgano de Inspección, Vigilancia y Control conocer la situación en la que se encuentran las Entidades Promotoras de Salud, toda vez que en el inciso tercero del artículo 15 de la ley 1122 de 2007, se estableció un período de transición de un (1) año para que aquellas que sobrepasen el 30% de su contratación con las IPS propias se ajusten a este porcentaje”.

A efectos de contestar la solicitud del órgano de control, se precisa en la mencionada comunicación que

“se entiende por IPS PROPIA aquellas que se encuentran en las situaciones descritas en el artículo 260 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995, “una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras persona que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

Más adelante, en el mismo texto de la comunicación, se hace la siguiente precisión:

“Igualmente se entiende por IPS propia la que reúna las condiciones reguladas en el artículo 28 de la ley 222 de 1995, que reza:

ARTICULO 28. GRUPO EMPRESARIAL. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades

de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social, o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.

Finaliza la comunicación precisando que “se debe determinar que el significado de IPS PROPIAS alude a la situación de la sociedad IPS, frente a la EPS ya sea en razón a que ostente la calidad subordinada, o bien, porque exista vinculación a un grupo empresarial, de conformidad con las nociones expuestas”.

Constata entonces la Sala que la Superintendencia Nacional de Salud, ante la ausencia de definición legal del término “IPS propias”, y por supuesto con antelación al fallo de control de constitucionalidad de la Corte (sentencia C- 1041 de 2007), a efectos de ejercer sus labores de inspección y vigilancia, y además con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, consideró que se podía operar un reenvío hacia las disposiciones del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995, atinentes a la figura del “grupo empresarial”.

El día 19 de noviembre de 2007, Saludcoop EPS radicó la información solicitada “de acuerdo con cada uno de los parámetros indicados por el ente de control”.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C- 1041 del 4 de diciembre de 2007, declaró exequible el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, bajo los siguientes condicionamientos:

“Primero.- Declarar exequible, por los cargos analizados, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido de que las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia.

Segundo.- Declarar exequible el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2005, en el entendido de que dicho plazo comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud, ésta le notifique a la EPS respectiva, que debe ajustar su integración vertical al 30%.

Acto seguido, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante oficio núm. 4015-2-000367540, fechado 26 de febrero de 2008 y remitido al representante legal de Saludcoop EPS, le indicó lo siguiente:

“Como es de su conocimiento el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 establece que “Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.”.

Así las cosas, mediante sentencia C- 1041 de 2007 la Corte Constitucional declaró exequible el mencionado artículo y dado que no se ha conocido el texto completo de la sentencia, las indicaciones pertinentes no quedaron consagradas en la Circular Externa 047 del 30 de noviembre de 2007.

Una vez se divulgue la totalidad de la sentencia, la Superintendencia Nacional de Salud impartirá las instrucciones a que haya lugar”.

Luego, la entidad accionada expidió la Circular Externa núm. 049 del 2 de abril de 2008, dirigida a “Entidades, sujetos vigilados y usuarios de la Superintendencia Nacional de Salud”, mediante la cual se modificó la Circular Externa núm. 047 referente a instrucciones generales y remisión de información para la inspección, vigilancia y control. Al respecto, afirma la entidad accionada que la “la Circular 049 de 2008 incorporó los lineamientos señalados en la actuación identificada con el NURC 4015-20029445 de fecha 6 de noviembre de 2007, en el archivo tipo 152”.

El día 4 de junio de 2008, la Superintendencia Nacional de Salud mediante resolución 640 “Por la cual se ordena a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO

COOPERATIVO SALUDCOOP, ajustar los porcentajes de contratación de gasto en salud con sus IPS PROPIAS al monto señalado en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007”, resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. ORDENAR a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP ajustar los porcentajes de contratación de gasto en salud con sus IPS PROPIAS al monto señalado en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 directamente y a través de su Grupo Empresarial, en concordancia con la Sentencia C-1041 de 2007 de la Corte Constitucional.

ARTÍCULO SEGUNDO. CONCEDER el término de un año, contado a partir de la notificación del presente acto administrativo, para adoptar las medidas correctivas de acuerdo con los términos establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1041-07:

“a) la medida introducida para efectos de limitar la integración vertical debe ser entendida en sentido amplio, es decir, como una prohibición de toda forma negocial que implique un acuerdo de voluntades entre EPS e IPS para la provisión de prestaciones en materia de salud.

PARÁGRAFO. Una vez vencido el plazo establecido en el presente artículo la EPS deberá remitir a esta Superintendencia el reporte de integración vertical de acuerdo con el formato establecido en la Circular 49 de 2008. En adelante deberá reportarse con la estructura y periodicidad en el archivo tipo 152 de la citada circular”

Al respecto, resulta pertinente transcribir los siguientes considerandos vertidos en el texto de la Resolución 640 de 2008:

“4. Que mediante comunicación radicada con el NURC 4015-2-0029445 en la fecha 19 de noviembre de 2007, se obtuvo por parte de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP en adelante SALUDCOOP, respuesta al citado requerimiento, indicando como porcentaje de contratación en salud con las IPS propias el 40.129481%.

5. Que en concordancia con la información solicitada en el numeral 4 la Superintendencia revisó el reporte de accionistas suministrado por CAFESALUD

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. en el archivo tipo 23 con corte a 31 de marzo de 2008 observando que SALUDCOOP posee el 79% de las acciones de CAFESALUD y ésta a su vez contrata el 22.9% con sus IPS Propias. Ello quiere decir que SALUDCOOP contrata a través de CAFESALUD el 18.1% con sus IPS propias.

6. Que sumados los porcentajes de contratación con las IPS Propias establecidos en los numerales 4 y 5 se concluye que SALUDCOOP a través de la figura de Grupo Empresarial contrata en salud con las IPS propias el 58.2204181 %.

7. Que la Superintendencia Nacional de Salud considera que la contratación para los efectos del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 cualquier acuerdo de voluntades entre las EPS y las IPS para la prestación de servicios de salud a sus afiliados incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y subsidiado y gasto en salud como aquellas erogaciones destinadas a la prestación de servicios de salud financiados con los recursos provenientes de la respectiva Unidad de Pago por Capitación y los recursos recibidos para la Promoción y Prevención de la salud. (negritas y subrayados agregados).

(...)

“11. Que esta Superintendencia, de conformidad con el reporte suministrado por la entidad a su cargo, encuentra que NO está ajustado dentro de los parámetros previstos de los porcentajes de contratación con sus IPS PROPIAS y en consecuencia deberá corregir el exceso de los límites previstos en el Artículo 15 de la Ley 1122 de 2007”

Ahora bien, en el texto de la Resolución núm. 724 del 10 de junio de 2008, contentiva del Plan Único de Cuentas, en la descripción de la cuenta 6165 referente a “costos de ventas y prestación de servicios de administración del Régimen de Seguridad Social en Salud”, se dispuso lo siguiente:

“6165. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

(...)

DINÁMICA

CRÉDITOS

a. Por el valor correspondiente a la constitución de las reservas técnicas con cargo a la cuenta 616565 – Seguridad Social en Salud – Régimen contributivo.

DÉBITOS.

a. Por el valor de las liberaciones que se efectúen, con abono a la cuenta 416501 liberación de las reservas técnicas, si la constitución corresponde a ejercicios anteriores, en caso contrario, se abona a la cuenta 616565 – Seguridad Social en Salud- Régimen contributivo, registrando la subcuenta correspondiente de acuerdo al tipo de servicio.

El 8 de julio de 2008, Saludcoop interpuso recurso de reposición contra la resolución 640 de 2008, insistiendo en que la definición del concepto “IPS PROPIAS”, tiene reserva de ley, por cuanto está restringiendo derechos constitucionales como la libertad de empresa y la competencia económica. Explica igualmente que la Superintendencia se equivoca al equiparar la noción de “IPS PROPIAS”, con aquella de “grupos empresariales”, por cuanto “la subordinación y el control societario tienen que ver con el manejo empresarial, mientras que el derecho de propiedad hace referencia a un título real que se proyecta en una dimensión diferente”, y además, “la remisión a normas comerciales tampoco es válida, porque no existen sociedades ni grupos empresariales frente a entidades sin ánimo de lucro”.

Agrega el apoderado de Saludcoop que, la información que entregó a la Superintendencia en su momento, sólo tomó en consideración los elementos solicitados por aquélla, a corte septiembre de 2007, es decir, antes de proferida la sentencia de la Corte Constitucional. De allí que:

“SALUDCOOP EPS (i) nunca tuvo la oportunidad de precisar qué valor de la contratación era por la prestación de servicios de urgencias; (ii) ni qué valor de la contratación derivada de la libre elección del usuario; (iii) tampoco pudo excluir la información sobre “IPS PROPIAS” que fueron debidamente consideradas como tales. Además, la Superintendencia Nacional de Salud no permitió una actuación

administrativa para explicar (iv) por qué la contratación con entidades del sector solidario (IPS constituidas como corporaciones sin ánimo de lucro) no podía ser tenida en cuenta para efectos de la integración vertical. Si la información de SALUDCOOP EPS hubiere considerado estos criterios, habría sido muy diferente.

Más adelante, a efectos de precisar los efectos que comporta la interpretación realizada por la Superintendencia en lo que atañe al servicio de urgencias, asegura el apoderado lo siguiente:

“Al excluir los servicios de urgencias el valor de la contratación de SALUDCOOP con sus IPS PROPIAS, durante el 2007, fue de \$ 471.128.933.982 pesos, lo que equivale a un porcentaje del 36.35799% del gasto en salud. Es decir, al considerar el criterio de urgencias definido por la Corte Constitucional en la sentencia C- 1041 de 2007, el porcentaje de contratación de SALUDCOOP EPS con sus IPS PROPIAS no sería del 39.706% sino del 36.3579%”.

El 11 de agosto de 2008, la Superintendencia Nacional de Salud profirió la resolución núm. 01100, mediante la cual decidió no reponer la resolución núm. 640 de 2008, e indicar que el término de transición de que trata el artículo 15 de la ley 1122 de 2007 “comienza a contarse a partir de la notificación de la Resolución No. 00640 del 4 de junio de 2008, la cual se surtió mediante edicto, que se desfijó el día 2 de julio de 2008, en orden a lo dispuesto mediante sentencia C- 1041 de 2007...”.

En cuanto a la supuesta violación al derecho al debido proceso, la Superintendencia sostiene que mediante oficio del 19 de noviembre de 2007, Saludcoop le remitió la información solicitada referente a su integración vertical. Destaca que, en ese momento, la EPS no objetó ni impugnó los criterios fijados por la Superintendencia referentes a qué debía entenderse por el término “IPS PROPIAS”. De tal suerte que, antes de expedirse la resolución 640 de 2008 sí se adelantaron actuaciones administrativas, contrario a lo sostenido por Saludcoop.

Respecto a los criterios objetivos, la Superintendencia sostiene lo siguiente:

“Indudablemente, la Superintendencia Nacional de Salud, había fijado los criterios objetivos en la comunicación radicada con el NURC 4015.2.0029445 de fecha 6 de

noviembre de 2007, a los que hizo referencia la Corte Constitucional, en la sentencia C-1041 de 2007, en sus consideraciones, y que en suma, expresó la ratificación del procedimiento adelantado por esta entidad. Así mismo, precisó la necesidad de notificar a cada EPS el deber de ajustar su integración vertical al porcentaje legalmente establecido. Lo anterior, se efectuó a través de la Resolución No. 00640 de 2008, referida previamente. Igualmente se surtió la notificación con lo dispuesto en su artículo tercero

Para concluir, debe entenderse que durante el proceso previo al citado Acto Administrativo, las actuaciones de la Superintendencia Nacional de Salud, no fueron secretas, pues como consta en los antecedentes de este procedimiento, SALUDCOOP EPS, era parte indispensable del mismo, pues se reitera, hubiese sido imposible adoptar la decisión contenida en la Resolución No. 00640 de 2008, sin contar con la información que con base en los criterios objetivos fijados por esta superintendencia, la EPS suministró”.

Aunado a lo anterior, la Superintendencia insiste en que, de conformidad con la sentencia C- 1041 de 2007, los valores referentes a la atención en urgencias y libre elección de la IPS no pueden entenderse como excepciones al porcentaje legal del 30% de integración vertical, sino que, por el contrario, se deben entender incluidos dentro de aquél.

Finalmente, cuanto a la información que la ESP remitió a la entidad en 2007, ésta sostiene lo siguiente:

“es conveniente resaltar, que para la Superintendencia Nacional de Salud, además es claro, que la información que reportó SALUDCOOP EPS el día 19 de noviembre de 2007, es cambiante y registró exclusivamente el momento en que dicho oficio se produjo, razón por la cual, esta Superintendencia al valorar que la EPS cumpla el 30% no se anclará en esa respuesta” (negritas y subrayados agregados).

La Superintendencia expidió con posterioridad la resolución 1424 del 7 de octubre de 2008, por medio de la cual se modifica la resolución 724, contentiva del Plan Único de Cuentas para las EPS. En materia de integración vertical, dispone lo siguiente:

“c) Modificar en el catálogo de cuentas

1125100201 UPC-RS

264520

Provisión Glosas

864502

Contratos con otras IPS Privadas

961005

Contratos con Red Propia

ARTÍCULO 5º. Se entiende por IPS PROPIA la situación de la sociedad IPS, frente a la EPS ya sea en razón a que ostente la calidad de subordinada, o bien, porque exista vinculación a un grupo empresarial, de conformidad con las nociones del código de comercio.

El artículo 260 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995 establece: “Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

El artículo 261 subrogado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 contempla la existencia de SUBORDINACIÓN a partir de las situaciones taxativas descritas.

Es de precisar que, de conformidad con el artículo 262 del Código de Comercio subrogado por el artículo 32 de la Ley 222 de 1995, se prohíbe que las sociedades subordinadas, tengan a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo.

Igualmente, se entiende por IPS propia la que reúna las condiciones reguladas en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, que reza: “habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social, o actividad de cada una de ellas(...)”

El día 12 de marzo de 2009, mediante oficio NURC 4015-2-0029445, la Superintendencia Nacional de Salud procedió a realizar un nuevo requerimiento a Saludcoop, “toda vez que se encontró que la información suministrada no era suficiente de acuerdo con la solicitud efectuada por esta entidad”.

Mediante comunicación del 20 de marzo de 2009, Saludcoop EPS remitió respuesta a la Superintendencia Nacional de Salud, informando que las inversiones en sociedades comerciales eran únicamente con once IPS y que han realizado inversiones en la Sociedad Clínica Saludcoop Facatativa.

Finalmente, mediante Auto núm. 02741 del 20 de marzo de 2000, la Entidad accionada decretó la práctica de una visita a Saludcoop EPS, atinente a la verificación de aspectos técnicos, jurídicos y financieros.

5.2. Resolución del caso concreto.

Como se ha explicado, en el presente caso, Saludcoop EPS alega que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la expedición de las resoluciones núm. 640 y 01100 de 2008, vulneró su derecho al debido proceso administrativo, motivo por el cual solicita que, como mecanismo transitorio, se ordene inaplicar los mencionados actos administrativos, hasta que la justicia contencioso administrativa se pronuncie.

En pocas palabras, la entidad accionante alega que la Superintendencia Nacional de Salud desconoció lo decidido en sentencia C- 1041 de 2007, por cuanto, en su concepto, la

Corte Constitucional (i) estimó que el límite del 30% de integración vertical entre las EPS y sus propias IPS no comprendía la atención de urgencias, ni tampoco el porcentaje atinente al ejercicio de derecho a la libre elección del usuario; y (ii) acordó un plazo de un año a las EPS que excedieran el mencionado porcentaje, contado a partir del momento en que, con base en criterios objetivos, la mencionada Superintendencia le notificara a la respectiva EPS que debía ajustar su integración al 30%. Los anteriores condicionamientos, en opinión del accionante, no han sido respetados por la entidad accionada por cuanto, no ha procedido a fijar los mencionados criterios objetivos, e igualmente, ha entendido que dentro del porcentaje del 30% se deben integrar los gastos en urgencias y los casos de libre selección del usuario.

La Superintendencia Nacional de Salud, por su parte, considera que (i) efectivamente el fallo de la Corte afirma que el límite de integración vertical del 30% entre las EPS y sus propias IPS comprende la atención de urgencias y el derecho de los usuarios a seleccionar libremente su IPS; y (ii) contrario a lo sostenido por Saludcoop EPS, sí fijó, mediante comunicación identificada con el NURC 4015-2-0029445, fechada 6 de noviembre de 2007, los criterios objetivos que permitan precisar el sentido y alcance de la expresión “sus propias IPS”, remitiéndose para ello al artículo 260 del Código de Comercio, motivo por el cual no se presentaría vulneración alguna al derecho al debido proceso administrativo.

Considera la Sala que le asiste la razón a la entidad accionada, por las siguientes razones.

A lo largo de esta providencia se ha explicado que la Corte en sentencia C- 1041 de 2007 declaró exequible el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, mediante el cual se limita a un 30% la contratación directa, o a través de terceros, de las EPS con sus propias IPS del gasto en salud. Se explicó igualmente que los dos condicionamientos que realizó esta Corporación, no pueden ser entendidos como una autorización para superar dicho porcentaje, por cuanto, como se indicó en la parte motiva del fallo, tal comprensión conduciría, en la práctica, a sobrepasarlo, desconociéndose de esta forma la previsión legal, al igual que lo decido por el juez constitucional.

No obstante lo anterior, considera la Sala que, en casos excepcionalísimos, una EPS que se encuentre en el 30% de integración vertical con sus propias EPS deberá prestar la

necesaria atención de urgencia a quien lo requiera y no pueda acudir, por la misma fuerza de las circunstancias, a otra IPS. En efecto, en estas situaciones excepcionales prevalecen los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los pacientes sobre la mencionada limitante legal. Se trata, en pocas palabras, de evitar la ocurrencia de los conocidos como “paseos de la muerte”. En otros términos se alude a hipótesis razonables y excepcionales de régimen común, que deberán ser debidamente reguladas por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, precisamente para evitar que, por esta vía, se sobrepasen indebidamente las previsiones legales.

En este orden de ideas, la actuación administrativa, de inspección y vigilancia adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud en relación con Saludcoop EPS, no puede ser calificada como arbitraria, y por ende, no se configura una vía de hecho amparable mediante la acción de tutela.

Por otra parte, en cuanto a la acusación según la cual la entidad accionada habría desconocido el derecho al debido proceso administrativo de Saludcoop, por cuanto actuó sin que previamente se hubiera precisado qué se debía entender por “IPS propias”, estima la Sala que tampoco es procedente por cuanto, como se indicó, con base en el texto de la ley e incluso de proferirse el fallo de control de constitucionalidad, la autoridad administrativa había remitido un oficio a la accionante, fechado 6 de noviembre de 2007, precisándole el sentido y alcance del mencionado concepto. Es más, como se explicó, el día 4 de junio de 2008, la Superintendencia Nacional de Salud mediante resolución 640 “Por la cual se ordena a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP, ajustar los porcentajes de contratación de gasto en salud con sus IPS PROPIAS al monto señalado en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007”, resolvió “CONCEDER el término de un año, contado a partir de la notificación del presente acto administrativo, para adoptar las medidas correctivas de acuerdo con los términos establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 1041-07”.

Frente al señalado acto administrativo, Saludcoop EPS procedió a interponer recurso de reposición, el cual fue decidido mediante resolución núm. 01100, mediante la cual decidió no reponer la resolución núm. 640 de 2008, e indicar que el término de transición de que trata el artículo 15 de la ley 1122 de 2007 “comienza a contarse a partir de la

notificación de la Resolución No. 00640 del 4 de junio de 2008, la cual se surtió mediante edicto, que se desfijó el día 2 de julio de 2008, en orden a lo dispuesto mediante sentencia C- 1041 de 2007”.

Al respecto, observa la Corte que la actuación desplegada por la entidad accionada no desconoció el derecho al debido proceso administrativo de Saludcoop, por cuanto a lo largo de la misma se garantizó el ejercicio del derecho de defensa, en los términos del artículo 29 Superior. En efecto, la accionante contó con la posibilidad de aportar y controvertir pruebas, e igualmente, interponer los recursos de ley.

En este orden de ideas, la Sala considera improcedente el amparo solicitado, por cuanto la Superintendencia Nacional de Salud no le desconoció el derecho al debido proceso administrativo a Saludcoop EPS.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR los términos para fallar.

Segundo. CONFIRMAR las sentencias de amparo proferidas los días 2 de diciembre de 2008 y 4 de febrero de 2009, por el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá y por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, respectivamente, en el proceso adelantado por Saludcoop EPS contra la Superintendencia Nacional de Salud.

Tercero. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Ausente con permiso

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En el Informe de ponencia para segundo debate en la Cámara al Proyecto de Ley 02 de 2006 Cámara, 040 de 2006 Senado, publicado en la Gaceta del Congreso N° 562 del 23 de noviembre de 2006, se consigna:

“Propuesta para el desarrollo de la prestación de servicios de salud

“Con el fin de regular la prestación de los servicios de salud el proyecto propone.

“Garantizar a los afiliados la posibilidad de escoger libremente entre las diferentes opciones de IPS existentes en la red ofrecida por la aseguradora en su área de influencia.

“Cambiar de aseguradora cuando el usuario vea menoscabado su derecho a la libre escogencia de IPS o que se haya afiliado con la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores y esta no sea cierta” (negrillas añadidas).

2 El párrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 señala “Se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias en cualquier IPS del país. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato. El incumplimiento de esta disposición, será sancionado por la Superintendencia Nacional de Salud con multas, por una sola vez o sucesivas, hasta de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) por cada multa, y en caso de

reincidencia podrá conllevar hasta la pérdida o cancelación del registro o certificado de la institución.”

3 Ver sentencias T-771 de 2004, T-600 de 2002 y SU 086 de 1999.

4 Ver sentencia T- 214 de 2004.