

Sentencia T-731-09

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Superintendencia de Salud desconoció lo decidido en la sentencia C-1041 de 2007 sobre integración vertical en el sector salud

SENTENCIA C-1041 DE 2007-Principales aspectos de la parte motiva, especialmente los directamente relacionados con la ratio decidendi

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS ES PROCEDENTE DE MANERA EXCEPCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS DENTRO DEL PROCESO DE TUTELA

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Inaplicación de las resoluciones de la Superintendencia Nacional de Salud que ordenó a Cruz Blanca EPS que se ajustara al límite de integración vertical previsto en la ley 1122 de 2007

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DEL PACIENTE-Prevalencia

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-La actuación de inspección y vigilancia en relación con Cruz Blanca EPS no fue arbitraria y no configuró una vía de hecho

Referencia: expediente T- 2.322.861

Accionante: Cruz Blanca EPS S.A.

Demandado: Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de la Protección Social

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá, D. C., quince (15) de octubre 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, en el asunto de Cruz Blanca EPS contra la Superintendencia Nacional de Salud, proferidas por el Juzgado 22 Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, los días 20 de marzo y 22 de mayo de 2009, respectivamente.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos.

Los hechos relatados por el peticionario 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.
2. La Corte, en sentencia C- 1041 de 2007, consideró que ciertas interpretaciones del art. 15 de la ley 1122 de 2007 no se ajustaban a la Carta Política, especialmente, aquellas que colocaban una barrera a la atención en salud derivadas de las urgencias y la libre elección del usuario.
3. La Superintendencia Nacional de Salud, mediante resoluciones núms. 641 y 1099 de 2008, ordenó a la EPS Cruz Blanca que se ajustara al límite de integración vertical previsto en la Ley 1122 de 2007.
4. Sin embargo, esa entidad “no atendió ni respetó” lo manifestado por la Corte, obligando a la EPS a ajustarse al límite del 30% de integración vertical, sin tomar en cuenta los gastos en urgencias y la libre elección del usuario.
5. Afirma que “es imposible hacer una previsión de esos gastos”, por cuanto “una simple epidemia de enfermedad respiratoria aguda puede alterar dramáticamente

la atención en salud de una EPS. Tampoco puede adivinarse cuántos afiliados querrán ser atendidos en IPS que son de propiedad de Cruz Blanca”.

6. Aplicar la interpretación de la entidad accionada conduce a poner en grave peligro los derechos fundamentales de las EPS, al igual que aquellos de sus afiliados.

Con base en los anteriores hechos, el accionante solicitó lo siguiente:

“1. TUTELAR de forma transitoria los derechos fundamentales al debido proceso y de asociación de Cruz Blanca EPS OC amenazados por las decisiones que fueron tomadas por la Superintendencia Nacional de Salud en las resoluciones 0641 de 2008 y 01099 de 2008.

2. En consecuencia, ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud la INAPLICACIÓN de las resoluciones 0641 de 2008 y 01099 de 2008, 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 por 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 20 de febrero de 2009, solicitó al juez de tutela (i) negar el amparo transitorio, por cuanto no se vulneró el derecho al debido proceso administrativo; (ii) ordenar que no se inapliquen las resoluciones núms. 00641 y 01099 de 2008, por cuanto están sometidas a la jurisprudencia constitucional; (iii) ordenarle a la EPS que cumpla el fallo de control de constitucionalidad; y (iv) rechazar la tutela, por cuanto los mismos hechos fueron objeto de decisión en el asunto de Saludcoop.

A continuación, la Superintendencia Nacional de Salud reitera los argumentos planteados en la acción de tutela instaurada en su contra por Saludcoop EPS, en la que se profirió la sentencia T-536-09.

Al respecto, 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 aquélla 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 accionanda 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 las EPS remitieran 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.

Cruz Blanca EPS S.A., de acuerdo con los criterios fijados por la Superintendencia, remitió oficio fechado 19 de noviembre de 2007, en donde reportó la relación de las instituciones prestadoras de salud propias, y se consignó el porcentaje de contratación del gasto en salud, "de acuerdo con cada uno de los parámetros indicados por el ente de control".

Así las cosas, la SNS les notificó a todas las EPS que disponían de 1 año para ajustar su contratación al 30% legal, e igualmente, adoptar mecanismo de prevención, encaminados a evitar la superación de dicho monto.

El 23 de junio de 2008, Cruz Blanca EPS interpuso recurso de reposición contra la mencionada resolución, el cual fue resuelto negativamente mediante resolución núm. 01099 de 2008.

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 22 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de marzo de 2009 decidió lo siguiente (i) tutelar transitoriamente los derechos fundamentales al debido proceso y libre asociación de Cruz Blanca EPS SA; (ii) ordenar a la Superintendencia Nacional de Salud que inaplique las resoluciones núms. 0641 y 01099 de 2008, hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie sobre el fondo de la cuestión; (iii) señalar que las órdenes impartidas sólo estarán vigentes durante el tiempo que la jurisdicción contencioso administrativa decida; y (iii) ordenarle al Ministerio de la Protección Social, que en el término de 15 días cumpla lo dispuesto por la Corte en sentencia C- 1041 de 2007.

Consideró el juez de amparo que, efectivamente la SNS había desconocido el derecho al debido proceso de la entidad accionante, por cuanto la Corte Constitucional señaló en sentencia C- 1041 de 2007 que dentro del 30% de contratación en gastos de salud, no se podían incluir aquellos referentes a urgencias y derecho a la libre elección de los usuarios.

De igual manera, el fallador consideró que el Ministerio de la Protección Social había omitido expedir la reglamentación señalada en sentencia C- 1041 de 2007, encaminada a garantizar la libre elección de los usuarios del sistema de salud.

Por último, consideró que sólo hasta la expedición de la sentencia C- 1041 de 2007, la SNS podía entrar a precisar el sentido de la expresión "IPS propias", y no antes como efectivamente lo hizo.

## 1. Impugnación.

La SNS impugnó el fallo de amparo, básicamente exponiendo las mismas razones que figuran en su escrito de contestación de demanda, es decir, insiste en (i) la inexistencia de una vía de hecho administrativa; (ii) la ausencia de perjuicio irremediable; y (iii) su acatamiento estricto al fallo de la Corte Constitucional.

## 1. Segunda instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 22 de mayo de 2009, decidió revocar el fallo de amparo y, en su lugar, declarar la improcedencia de la tutela, con base en las siguientes consideraciones.

A juicio de la Sala, la argumentación del a quo es equivocada por cuanto las EPS, desde siempre, deben atender los casos de urgencias. Además, “no resulta acertado presumir que todos los usuarios de Cruz Blanca acuden únicamente a las IPS propias en casos de urgencias. Por el contrario, la experiencia indica que en estos casos se acude a la institución más idónea y que esté más cerca, independientemente de que sea propia o ajena”.

Agrega que, verificadas las pruebas obrantes en el expediente, se constató que la SNS adelantó todo un trámite administrativo con anterioridad a la determinación del contenido de la expresión “IPS propias”, y que por ende, no se vislumbra violación alguna al derecho al debido proceso.

En este orden de ideas, el Tribunal consideró que la SNS únicamente ajustó su conducta a lo establecido en sentencia C- 1041 de 2008.

## II. 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.

### III. 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, Cruz Blanca EPS alega que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la expedición de las resoluciones núms. 0641 de 2008 y 01099 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 Cruz Blanca 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. Reiteración de jurisprudencia (Sentencia T- 536 de 2009).

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, 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 a 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”.

4. El inciso segundo del artículo 15 de la ley es inconstitucional porque desconoce el principio de reserva de ley (arts. 150, 152, 189-11 y 333 C. P.). El demandante sostiene que el Congreso entregó indebidamente al Gobierno toda competencia para regular las condiciones que eviten el abuso de la posición dominante o conflictos de intereses, de cualquiera de los actores del sistema de salud. Se trata, en consecuencia, de una entrega total de competencias, por cuanto a pesar de que el texto legal utiliza el término “reglamentar”, en realidad no se trata de una reglamentación administrativa, sino de una regulación total pues la ley no incluye previsión alguna acerca de las conductas constitutivas de posición dominante ni de conflictos de intereses de los actores del sistema de seguridad social.

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.

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) el contenido y alcance de la norma acusada; (iv) un test de proporcionalidad entre la medida legal y la libertad de empresa; (v) 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) 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) la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007; y finalmente (viii) 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 garantía<sup>1</sup>, 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 urgencia<sup>2</sup> 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 (Sentencia T- 536 de 2009).

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 fundamentales<sup>3</sup>.

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, (ii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.”<sup>4</sup>

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 Resolución núm. 00641 de 2008, ordenó a Cruz Blanca EPS ajustar su gasto en contratación en salud con sus propias IPS al 30% legal. La entidad alega al respecto que, con anterioridad, había precisado el concepto de “IPS propias”, en los siguientes términos:

“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”.

Constata entonces la Sala, al igual que sucedió en el caso de la EPS Saludcoop contra la SNS, (sentencia T- 536 de 2009), 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”.

Cruz Blanca EPS S.A., de acuerdo con los criterios fijados por la Superintendencia, remitió oficio fechado 19 de noviembre de 2007, en donde reportó la relación de las instituciones prestadoras de salud propias, y se consignó el porcentaje de contratación del gasto en salud, “de acuerdo con cada uno de los parámetros indicados por el ente de control”.

Con base en la información recibida, la SNS, mediante resolución núm. 00641 del 4 de junio de 2008, resolvió ordenarle a Cruz Blanca EPS, que ajustara los porcentajes contratación del gasto en salud con sus IPS propias al monto señalado en la Ley 1122 de 2007. El acto administrativo fue notificado a la EPS el día 9 de junio de 2009.

Así las cosas, la SNS les notificó a todas las EPS que disponían de 1 año para ajustar su

contratación al 30% legal, e igualmente, adoptar mecanismo de prevención, encaminados a evitar la superación de dicho monto.

El 23 de junio de 2008, Cruz Blanca EPS interpuso recurso de reposición contra la mencionada resolución, el cual fue resuelto negativamente mediante resolución núm. 01099 de 2008.

## 5.2. Improcedencia del amparo en el presente caso.

Como se ha explicado, en el presente caso, Cruz Blanca EPS alega que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la expedición de las resoluciones núm. 641 y 01099 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 Cruz Blanca 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, al igual que sucedió en el fallo T- 536 de 2009 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 decidió 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 IPS 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 Cruz Blanca 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 Cruz Blanca EPS, 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, la SNS, mediante resolución núm. 00641 del 4 de junio de 2008, resolvió ordenarle a Cruz Blanca EPS, que ajustara los porcentajes contratación del gasto en salud con sus IPS propias al monto señalado en la Ley 1122 de 2007. El acto administrativo fue notificado a la EPS el día 9 de junio de 2009

Frente al señalado acto administrativo, Cruz Blanca EPS procedió a interponer recurso de reposición, el cual fue decidido mediante resolución núm. 001099 de 2008, mediante la cual decidió no reponer la resolución núm. 641 de 2008.

Al respecto, observa la Corte que la actuación desplegada por la entidad accionada no desconoció el derecho al debido proceso administrativo de Cruz Blanca EPS, 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 Cruz Blanca EPS.

## V. 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,

Primero. CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el día 22 de mayo de 2009, mediante la cual se negó el amparo solicitado por Cruz Blanca EPS.

Segundo. 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

Magistrado

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” (negritas 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.