

Sentencia C-616/01

SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público/SALUD-Servicio público

SEGURIDAD SOCIAL-Prestación conforme a la ley

**LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Opción de sistemas**

Las cláusulas de la Constitución que establecen el deber del Estado de proporcionar a los ciudadanos un servicio eficiente de salud, son normas abiertas que permiten distintos desarrollos por parte del legislador, en razón al pluralismo político y al libre juego democrático que caracteriza el Estado constitucional de derecho. El Estado puede optar por distintos sistemas o modelos de seguridad social en salud, lo que corresponde a la órbita propia de la valoración política del legislador, y mientras se respete el núcleo esencial de las libertades públicas y de los derechos fundamentales y se funden en un principio de razón suficiente, dichas opciones son legítimas y no son susceptibles de eliminarse del ordenamiento jurídico por la vía de la inconstitucionalidad.

**LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Límites constitucionales**

La potestad de configuración del Congreso de la República en el sector de la salud tiene unos límites en la misma Constitución Política, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma), como de carácter sustancial, que están determinados por los valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho (dignidad de la persona humana) y en las cláusulas propias del modelo económico de la Constitución (intervención del Estado y planificación económica, propiedad privada y libertad de empresa e iniciativa privada).

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Organización y funcionamiento

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Administración

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Prestación de servicios

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Prestación por particulares en condiciones de libre competencia

El legislador al diseñar el modelo de seguridad social en salud abrió unos espacios para la concurrencia privada en condiciones de libre competencia, situación que impone un análisis del concepto de libertad económica. La posibilidad que los particulares concurren a la prestación del servicio de salud en condiciones de competencia económica, no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución. Por otro lado, resulta claro que el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social.

LIBERTAD ECONOMICA-Concepto

ACTIVIDAD ECONOMICA-Alcance

La Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas.

LIBERTAD DE EMPRESA-Definición

LIBERTAD DE EMPRESA-Alcance

LIBERTAD DE EMPRESA-Libre concurrencia

LIBERTAD DE EMPRESA-Regulación por el Estado

LIBERTAD DE EMPRESA EN SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Prestación por particulares

Establecida por el legislador, conforme a una opción válida de acuerdo con la Constitución, la posibilidad de que a la prestación de un servicio público, como en este caso el de salud, acudan los particulares, es claro que para dicha participación deben garantizarse las condiciones propias de la libertad de empresa y de la libre competencia, sin que resulte admisible que en el ámbito estrechamente regulado de participación privada se permitan, o peor aún, se establezcan, situaciones que impliquen prácticas restrictivas de la competencia o se orienten a obstruir o a restringir la libertad económica.

LIBERTAD DE COMPETENCIA ECONOMICA-Alcance

La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Elemento característico y garantía de libertades

Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Es un derecho

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Regulación de actividad

El Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta. En ese contexto y supuesto el espacio de concurrencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia.

COMPETENCIA ECONOMICA-Protección del interés público

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado.

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA-Regulación de prácticas deshonestas

La regulación legal orientada a preservar la libre y honesta competencia, se refiere básicamente a tres tipos de prácticas deshonestas: en primer lugar, las prácticas colusorias entre empresarios para restringir la competencia; en segundo término, el abuso de posición dominante; y en tercer plano, la competencia desleal entre empresarios.

**POSICION
DOMINANTE-Regulación**

DOMINANTE-Alcance/POSICION

Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y las decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado, puedan utilizarla para eliminar a sus competidores.

POSICION DOMINANTE-Definición

POSICION DOMINANTE-Prohibición de abuso

En el ordenamiento Constitucional se impone la obligación de evitar y controlar los abusos, pero no la adquisición de la posición de dominio a la que puede llegarse mediante actos de competición transparentes e irreprochables. No se impide la adquisición de poder de dominio del mercado, sino que adquirida la posición dominante se utilicen medios irregulares y reprochables que impiden el desarrollo pleno de la competencia.

POSICION DOMINANTE-Controles de abuso por el Estado

Cuando se trata efectivamente de una situación de posición dominante, la labor del Estado es la de impedir el abuso de la misma a través de una serie de controles e instrumentos de intervención, que están orientados a evitar las siguientes conductas o prácticas contrarias a la honestidad y lealtad comercial: a) Imponer precios, b) limitar la producción, c) aplicar en las relaciones contractuales condiciones desiguales y d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

ECONOMIA-Modulación de intervención del Estado

La intervención estatal en la economía tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, pues mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa al punto de eliminar la iniciativa privada, en otros sectores tiene un menor grado en forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia por parte del Estado, e incluso, en algunos casos no se requiere ningún permiso o autorización previa para el ejercicio de una determinada actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos (Art. 333 Constitución Política).

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Grado de intervención del Estado

Cuando se trata del servicio público de salud la intervención del Estado es intensa y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica, sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones, la intervención del Estado en los servicios públicos en general y la atención de la salud en particular. La intervención del Estado en el servicio público de salud se funda en el modelo del Estado Social de Derecho, que impone a las autoridades públicas el deber de asumir su prestación, ya sea directamente o por medio de los particulares, y por tratarse de una actividad, en la que se manejan dineros del Sistema General de Salud por entidades privadas, el control estatal preserva la confianza pública, pues permite que estas entidades cuenten con una estructura administrativa, técnica, financiera y profesional que asegure la prestación regular, continua y eficiente del servicio de salud a los afiliados.

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Prestación por particulares

Cuando nuestra Constitución Política permite que particulares concurren con el Estado a prestar el servicio público de salud, no se está reservando el ejercicio de esta actividad, sino que está delegando en los particulares su

prestación. Por ello, en este escenario debe existir la libre competencia y el Estado debe velar porque no se presente obstáculos o limitaciones a la concurrencia de los sujetos económicos por la conquista del mercado; y si estas existen deben ser iguales para todas las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad de prestar el servicio.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EN LA LIBERTAD ECONOMICA-Prestación de servicios directa por IPS/**LIBERTAD DE EMPRESA**-Manifestación en la vida social

No solo no es contraria a la Constitución esa manera de disponer sobre la participación de entidades privadas en el ámbito del servicio público de la salud, sino que la garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa del servicio asistencial de salud, por medio de sus IPS, por cuanto ello forma parte de la libertad económica. La libertad de empresa que reconoce el artículo 333 de la Constitución, tiene dos manifestaciones muy precisas en la vida social, como son la facultad de la persona de establecer su propia empresa u organización económica y la facultad de realizar una actividad económica, dentro de los límites del bien común. De ahí que, en el marco del modelo económico de la Constitución, las EPS dentro del ámbito de su libertad económica, puedan prestar directamente el servicio de asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica con sujeción a la ley.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Prestación de servicios directa por IPS

LIBRE COMPETENCIA EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participación privada

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Prohibición de prácticas restrictivas de competencia

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Calidad de servicios de IPS/**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**-Cumplimiento de requisitos en servicios por IPS

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Restricción de actividades por el Estado/**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD**-Influencia limitada en el mercado

Las actividades realizadas por las EPS soportan una restricción directa por parte del Estado, por tratarse de un servicio público dirigido y regulado por él. Por eso las EPS cuando prestan directamente el servicio de salud por medio de sus IPS, ejercen una influencia limitada en el mercado y por ende sobre los precios, puesto que éstos son regulados y controlados por el Gobierno. Tampoco pueden sustraerse de prestar el servicio o modificar unilateralmente y de manera sustancial las condiciones del mismo, pues la intervención que se ejerce por parte del Estado lo impide.

POSICION DOMINANTE EN SERVICIO DE SALUD

Referencia: expediente D-3279
Demanda de inconstitucionalidad (parcial)
contra los artículos 156, 177, 179, 181 y
183 de la Ley 100 de 1.993.

Actor: Henry Muñoz Cruz

Magistrado Ponente:
Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil (2001)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Henry Muñoz Cruz, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad de algunos apartes contenidos en los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1.993.

La Corte mediante auto del 22 de noviembre de 2000, proferido por el despacho del magistrado sustanciador admitió la demanda y dio traslado al señor Procurador General de la Nación para lo de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de las disposiciones cuya inconstitucionalidad, en lo subrayado, se demanda, es el siguiente, según aparecen publicadas en el Diario Oficial N° 41148 del veintitrés (23) de diciembre de 1993:

“LEY 100 DE 1993

*por la cual se crea el sistema de seguridad social integral
y se dictan otras disposiciones*

Artículo 156. *Características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud.- El sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:*

a) El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

b) Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales.

c) Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de Protección de la Salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud.

d) El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud.

e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno.

f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación, -UPC-, que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de los servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.

h) Los afiliados podrán conformar alianzas o asociaciones de usuarios que los representarán ante las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

i) Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización del grupo de práctica profesional y para las Instituciones Prestadoras de servicios de tipo comunitario y solidario.

j) Con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al Sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos de los afiliados en la medida de su capacidad.

k) Las Entidades Promotoras de Salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Salud, o contratar con Instituciones Prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos;

l) Existirá un Fondo de Solidaridad y Garantía que tendrá por objeto, de acuerdo con las disposiciones de esta ley, garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en esta ley.

m) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a que hacen referencia los artículos 171 y 172 de esta ley, es el organismo de concertación entre los diferentes integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sus decisiones serán obligatorias, podrán ser revisadas periódicamente por el mismo Consejo y deberán ser adoptadas por el Gobierno Nacional.

n) Las entidades territoriales, con cargo a los fondos seccionales y locales de salud cumplirán, de conformidad con la Ley 60 de 1.993 y las disposiciones de la presente ley la financiación al subsidio a la demanda allí dispuesta y en los términos previstos en la presente ley.

o) Las entidades territoriales celebrarán convenios con las Entidades Promotoras de Salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado de que trata la presente ley. Se financiarán con cargo a los recursos destinados al sector salud en cada entidad territorial, bien que se trate de recursos cedidos, participaciones o propios, o de los recursos previstos para el Fondo de Solidaridad y Garantía. Corresponde a los particulares aportar en proporción a su capacidad socioeconómica en los términos y bajo las condiciones previstas en la presente ley.

p) *La Nación y las entidades territoriales, a través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención que tengan contrato de prestación de servicios con él para este efecto, garantizarán el acceso al servicio que ellas prestan a quienes no estén amparados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hasta cuando éste logre la cobertura universal.*

ARTICULO 177.- *Definición.- Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente ley.*

ARTICULO 179.- *Campo de acción de las entidades promotoras de salud.- Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.*

Parágrafo. Las Entidades Promotoras de Salud buscarán mecanismos de agrupación de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones o por asentamientos geográficos de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

ARTICULO 181.- *Tipos de Entidades Promotoras de Salud.- La Superintendencia Nacional de Salud podrá autorizar como Entidades*

Promotoras de Salud, siempre que para ello cumplan con los requisitos previstos en el artículo 180, a las siguientes entidades.

a) El Instituto de Seguros Sociales.

b) Las Cajas, Fondos, Entidades y Empresas de Previsión y Seguridad Social del sector público dispuesto en el artículo 236 de la presente ley.

c) Las Entidades que por efecto de la asociación o convenio entre las Cajas de Compensación Familiar o la existencia previa de un programa especial patrocinado individualmente por ellas se constituyan para tal fin.

d) Las entidades que ofrezcan programas de medicina prepagada o de seguros de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica

e) Las Entidades Promotoras de Salud que puedan crear los departamentos, distritos y municipios y sus asociaciones. Para ello podrán también asociarse con entidades hospitalarias públicas y privadas.

f) Los organismos que hayan sido organizados por empresas públicas o privadas para prestar servicios de salud a sus trabajadores con anterioridad a la vigencia de la presente ley, siempre que se constituyan como personas jurídicas independientes.

g) Las organizaciones no gubernamentales y del sector social solidario que se organicen para tal fin, especialmente las empresas solidarias de salud, y las de las comunidades indígenas.

h) Las entidades privadas, solidarias o públicas que se creen con el propósito específico de funcionar como Entidad Promotora de Salud.

Parágrafo 1.- cuando una Institución Prestadora de Servicios de Salud sea de propiedad de una Entidad Promotora de Salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento.

Parágrafo 2.- Corresponde al Ministerio de Salud y a las Direcciones Seccionales y Locales de Salud la promoción de Entidades Promotoras de Salud donde los usuarios tengan mayor participación y control, tales como empresas solidarias de salud, las cooperativas y las microempresas médicas.

Parágrafo 3.- Las empresas que presten los servicios de salud, en la forma prevista por el literal f) podrán reemplazarlo, contratando dichos servicios con las Entidades Promotoras de Salud adscritas al Sistema General de Seguridad Social en salud.

ARTICULO 183.- *Prohibiciones para las Entidades Promotoras de Salud.- Las Entidades Promotoras de Salud no podrán en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.*

Parágrafo 1.- El Gobierno Nacional podrá reglamentar parámetros de eficiencia y fijar el régimen de inversión y organización de las Empresas Promotoras de Salud que no sean prestadoras de servicios. Cuando presten simultáneamente servicios, podrá establecer límites por concepto de gastos administrativos y operativos de la actividad de promoción.

Parágrafo 2.- Están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en salud.”

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estima el actor que las disposiciones acusadas son violatorias de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política de Colombia.

2. Fundamentos de la demanda

Según el demandante, las expresiones de las normas demandadas contradicen el mandato superior que establece como un deber a cargo del Estado intervenir para impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y para evitar o controlar cualquier abuso que persona o empresa hagan de su posición dominante en el mercado, toda vez que las mismas facultan a las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S) para prestar servicios directamente, es decir por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Servicios (I.P.S).

A su juicio, las normas acusadas dieron a las Entidades Promotoras de Salud, un lugar preeminente desde el cual pueden controlar íntegramente el mercado de los servicios de salud privilegiando a sus propias Instituciones Prestadoras de Salud, en menoscabo de aquellas otras que conservan su independencia.

Por otra parte, al asignar la Ley 100 de 1.993 a las E.P.S dentro de algunas de sus funciones la de controlar y evaluar la prestación de servicios de todas las IPS, las que son de su propiedad y las que están solamente vinculadas contractualmente, se rompe la igualdad entre los sujetos controlados y evaluados. Al parecer del actor, como la igualdad de las entidades evaluadas se quebranta, se infringe la norma constitucional que obliga al Estado a intervenir por mandato de la ley en los servicios públicos, para conseguir la distribución equitativa de las oportunidades, tal y como está establecido en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia. Afirmar el demandante “... y se rompe la igualdad formal entre los sujetos controlados y evaluados cuando quien ejerce tales funciones es juez y parte: Si una E.P.S. presta servicios a sus afiliados y beneficiarios a través de una red de empresas prestadoras de su propiedad, (clínicas, hospitales, laboratorios, personal médico y paramédico, etc.) resulta ilusorio pensar que éstas serán evaluadas en igualdad de condiciones con otras prestadoras apenas vinculadas contractualmente a esa red, como es también utópico pensar que tendrán condiciones contractuales precisamente encaminadas a mantener la libre competencia entre las I.P.S.”

Afirmar el actor, que al poder las Entidades Promotoras adoptar las modalidades de contratación y pago, se atenta contra el usuario, la calidad del servicio y se condena a muerte a los médicos y paramédicos independientes, a las clínicas,

hospitales, laboratorios privados y aún a las mismas Empresas Sociales del Estado que ofrecen sus servicios a las E.P.S., pero de manera independiente.

Finalmente, respecto de la función de control y auditoria que compete a las E.P.S. respecto de las I.P.S. se pregunta acerca de la independencia del control cuando el mismo es adelantado por la E.P.S. propietaria de la I.P.S. controlada. Al respecto expresa que *“[e]n estas circunstancias realmente desaparece el control externo, para convertirse en una suerte de autocontrol, de carácter administrativo común a toda la organización y esencialmente diferente del que la misma E.P.S practica a las demás prestadoras con quienes simplemente contrata la atención a los usuarios”*.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral.

La ciudadana Liliana Almeyda Gómez, actuando en representación de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, y dentro de la oportunidad procesal prevista, presentó los siguientes documentos que, en su concepto, permiten establecer la falta de fundamento de la demanda.

- “Primera Encuesta Nacional de Calidad en Salud Percibida por los Usuarios”- Defensoría Delegada para la Salud y la Seguridad Social-Defensoría del Pueblo
- “Las condiciones laborales de los médicos en Colombia 1996-1998” Revista Vía Salud, segundo trimestre 1999.
- Revista Hospitalaria, marzo-abril 2000.
- Informe Estadístico de ACEMI junio 2000.

2. Intervención del Ministerio de Salud.

El ciudadano Bernardo Alfonso Ortega Campo, actuando en representación del Ministerio de Salud, y dentro de la oportunidad procesal prevista, presentó

escrito de intervención en defensa de la disposición demandada, solicitando la declaratoria de exequibilidad de la misma.

Señala el interviniente, que la Constitución Política, está fundamentada en una serie de principios, instituciones y reglamentaciones de orden económico, que sitúan al Estado dentro de un marco de reconocimiento expreso de la propiedad privada, de la libre actividad económica e iniciativa privada, en un marco de libre competencia consagrado bajo el rango de derecho fundamental y la opción de obtener utilidades y ganancias individuales y una acentuada intervención del mismo en todos los campos, que se traduce en la Carta a través de numerosas limitaciones y restricciones.

El sistema económico colombiano, es regulado por el Estado, quien actúa como un agente más de la economía y cuyo objetivo primordial es la búsqueda de la solución de los grandes problemas del desarrollo social y crecimiento económico del país, por ello puede considerarse como un engranaje coherente y sistemático, que busca solucionar los problemas socio-económicos.

Las actividades económicas actúan conjuntamente y en estrecha relación con los agentes económicos y se encuentran cada una sujeta a sus propias variables que actúan dentro del sistema económico como factores o medios de producción; la oferta y la demanda de bienes y servicios, que comprende el marco regulado del precio del mercado y sobre los cuales el Estado ejerce una estrecha intervención a través del hombre y la sociedad.

Afirma el interviniente, que nuestra Constitución Política establece unas funciones de carácter económico que debe cumplir el Estado por medio de las instituciones previstas para tal fin, entre las cuales se pueden señalar las de regulación económica, provisión de bienes y servicios, fiscalizadora, de distribución y de estabilización económica.

Aduce el ciudadano que las normas objeto de impugnación, que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Entidades Promotoras de salud, tienen como finalidad específica procurar la racionalización y

planificación de la economía social, y sobre todo pretenden el mejoramiento de la comunidad, permitiendo un mejor acceso a los servicios que directa o indirectamente se relacionan con la salud.

Indica también, que la naturaleza del servicio de salud, como servicio público, permite articular tal sector en un todo coherente, razón por la cual el Estado se obliga, de una parte a garantizar el acceso universal a los servicios de salud y por la otra a ejercer vigilancia y control adecuados, para beneficio de la comunidad.

Igualmente señaló, que en todo Estado Social de Derecho, el trabajo es un derecho, pero a la vez una obligación del ciudadano, correspondiéndole al Estado su protección; argumenta el ciudadano que el artículo 1o de la Constitución Política de Colombia al establecer que Colombia “ es un Estado Social de Derecho”, le impone a éste, la conformación de una estructura orgánica institucional que administre y adelante intervenciones en el campo económico y social, asegurando así la inviolabilidad de las libertades y derechos humanos, debiendo realizar todas las acciones pertinentes, para cumplir con las exigencias de la justicia social. Concluye que con la creación y reglamentación de las Entidades promotoras de Salud –EPS- no se vulneran tales principios.

Finalmente, el interviniente afirma que los inconvenientes que se presentan en el funcionamiento y desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS-, se deben a fallas en la función de control y vigilancia que deben ejercer tanto el Ministerio de Salud como el Sistema Nacional de Salud y no a que se presente violación de las normas constitucionales señaladas en la Demanda.

3. Intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La ciudadana Natalia Alvis Rodríguez, actuando en representación de la Superintendencia de Industria y Comercio, y dentro de la oportunidad procesal prevista, presentó escrito de intervención en defensa de la disposición demandada, solicitando, la declaratoria de exequibilidad de la misma.

En su escrito, la interviniente se refiere en primer lugar a la libre competencia como derecho constitucional, y señala lo consagrado por el artículo 333 de la Constitución, y cita apartes de la sentencia C-398/95, proferida por ésta Corporación, para establecer que la libertad económica debe entenderse como la posibilidad de los participantes, empresarios, comerciantes de concurrir en el mercado con el propósito de obtener la preferencia de la clientela en relación con los productos que fabrica y comercializa y respecto de los servicios que presta, razón por la cual es deber del Estado en propender por una economía de mercado.

Ahora bien, agrega la mencionada ciudadana, como lo establece la Carta Magna, la dirección de la economía está a cargo del Estado de tal manera que éste puede intervenir, entre otros campos, en los servicios públicos y privados con el fin de racionalizar la economía.

En segundo lugar se refiere, al derecho fundamental a la seguridad social, porque tal y como lo ha señalado ésta Corporación, argumenta la apoderada de la Superintendencia de Industria y Comercio, la seguridad social fue instituida por la Constitución Política como un derecho irrenunciable de todos los habitantes y un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

En este orden de ideas, el legislador estaba autorizado por nuestra Constitución Política para estructurar el sistema de seguridad social, de tal forma que garantizara el acceso universal de todos los ciudadanos a este servicio público y realizara a través de esta normatividad los fines del Estado, estableciendo para tal fin las entidades encargadas de realizar la promoción y prestación de los servicios.

Manifiesta la ciudadana, que el legislador por mandato del artículo 334 de la Carta Magna, debe intervenir en los servicios públicos para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes colombianos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, disposición que cumplió en lo referente al servicio público de seguridad social, por medio de la Ley 100 de 1993.

En tercer lugar, hace referencia a la libertad de empresa y libre competencia económica y arguye que de conformidad con el artículo 333 de la Constitución política, *“las limitaciones constitucionales de libertad de empresa, para que sean legítimas deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de este derecho”*. Es así como, *“la legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas. El derecho consagrado en el artículo 333 de la Carta Política no sólo entraña la libertad de iniciar una actividad económica sino de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad.”*

Por otra parte, establece que las Empresas Promotoras de Salud –EPS- tienen el derecho a intervenir en las Instituciones Prestadoras de Salud, como acertadamente lo consideró la Ley 100 de 1993, cumpliendo de tal forma con el espíritu de la Constitución Política de Colombia.

Así mismo considera, que tanto las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud, como los participantes del mercado están obligados a observar las disposiciones constitucionales y legales que garantizan la libre y leal competencia.

Concluye la interviniente, que en el caso de presentarse conductas contrarias a la libre y leal competencia por parte de estas entidades, se *“tendrían los mecanismos consagrados para contrarestarlas y sancionarlas por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal.”*

4. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La ciudadana Marleni Barrios Salcedo, en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y dentro de la oportunidad procesal prevista, presentó escrito de intervención en defensa de la disposición demandada, solicitando, la declaratoria de exequibilidad de la misma.

En primer lugar, la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se refiere en su escrito, a la competencia del legislador para regular la seguridad social en salud y señala al respecto, que ésta materia es propia de la actividad ordinaria del legislador y cuya autonomía ha sido ampliamente reconocida por ésta Corporación en las sentencias C-557/92, C-194/94, C-126/95 y C-663/98.

Considera igualmente, que debe entenderse que en virtud de la competencia del legislador y tal como lo ha señalado la doctrina constitucional, éste cuenta con un amplio margen de libertad para diseñar el Sistema de Seguridad Social en Salud, bajo las reglas establecidas en el artículo 48 de la carta, de tal forma que la intervención facultativa u obligatoria de los particulares tanto en la administración como en la prestación del Plan Obligatorio de Salud, POS, se inscribe en la naturaleza del servicio y en el esquema de seguridad social adoptado.

En segundo lugar, la mencionada ciudadana, se refiere a la intervención de los particulares en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y arguye que, el nuevo SGSSS, se creó con fundamento en la Constitución Política y como un nuevo proyecto estructural que cambió y reorganizó el sistema de prestación de servicios de salud, buscando la complementación entre los proveedores de servicios públicos y privados, y colocando a los usuarios en un poder de negociación diferente frente al sistema.

Afirma también, que el Sistema General de Seguridad Social en Salud presenta como característica financiera la denominada "competencia", conforme a ésta el sistema, crea por una parte, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) para la administración de los recursos del régimen contributivo y subsidiado y las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS- Empresas Solidarias de Salud y Cajas de Compensación Familiar) para la administración exclusiva de los recursos del régimen subsidiado; y por la otra, crea las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) para la prestación de servicios. Dichas entidades pueden ser de naturaleza pública, privada o mixta.

Para garantizar la competencia y con ello el aumento en la calidad del servicio, establece la libre elección de los afiliados tanto de las EPS como de las IPS, éstas últimas dentro de la oferta que presente la EPS.

Señala la interviniente, que si bien las normas acusadas facultan a las Entidades Promotoras de Salud EPS para prestar directamente los servicios contenidos en el POS a través de sus propias Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, ésta situación está acorde con los postulados de la Carta, pues ella faculta la intervención de los particulares en las diferentes instancias de organización que hacen viable la prestación del servicio público, además el legislador

establece a través del párrafo 1° del artículo 181 de la Ley 100 de 1993, autonomía técnica, financiera y administrativa de la IPS cuando son de propiedad de la EPS.

De otra parte, advierte la mencionada ciudadana, que están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que directa o indirectamente, tengan como finalidad impedir, restringir o falsear el libre juego de la escogencia dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, prohibición que se estatuye para las Entidades Promotoras en Salud, según el párrafo 2° del artículo 183 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, señala la interviniente, que las consideraciones que realiza el actor respecto de los privilegios que conceden las EPS a las Instituciones Prestadoras de su propiedad, en ejercicio del control y la selección adversa de instituciones, constituye una mera apreciación, pues la norma constitucional consagra una plena autonomía, entre las administradoras y las prestadoras, con lo cual no se restringe u obstruye la libertad económica, por el contrario la desarrolla, pues al tener la posibilidad la entidad promotora de salud de elegir la mejor opción para garantizar la prestación de los servicios entre su propia entidad o la contratada, está ofreciendo una mayor cobertura y unos mejores servicios de salud.

Reitera, la mencionada ciudadana, que la intervención de los particulares, bajo las reglas señaladas, en los términos y condiciones establecidos en la Ley 100 de 1993, no sólo deriva de la calificación de la seguridad social como un servicio público, sino como se expresó en forma previa, hace parte de la facultad otorgada al legislador para reglamentar y desarrollar la seguridad social.

En tercer lugar, la apoderada del Ministerio mencionado, se refiere a la intervención del Estado en la prestación del servicio público de la seguridad social en salud.

Señala en su escrito, que por tratarse de un servicio público, de acuerdo con los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, los servicios de salud, están sujetos a la intervención del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 365 de la Carta.

Es así como de acuerdo con los citados artículos, la prestación de la salud constituye un servicio público, cuya organización, dirección, control y vigilancia corresponde expresamente al Estado, el cual tiene la responsabilidad de garantizar una prestación eficiente del mismo a fin de que todas las personas puedan acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Estas disposiciones de carácter superior precitadas, son desarrolladas en la Ley 100 de 1993, en el artículo 154, que consagra que el Estado intervendrá en este servicio público, conforme a las reglas de competencia que trata esta ley y según lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 335 de la Constitución Política.

En este contexto normativo, continúa señalando la interviniente, se confiere al Gobierno Nacional facultades necesarias para ejercer control y vigilancia sobre los servicios de salud, permitiéndole reglamentar la organización y funcionamiento de los mismos, ello porque su administración y prestación comporta riesgos sociales, además de que implica el manejo de recursos fiscales y parafiscales en su atención e igualmente se pretende salvaguardar el principio de eficiencia consagrado en el artículo 48 de la Carta y el principio de libre escogencia en el SGSSS.

En virtud de lo anterior, el Estado, facultado por el legislador para regular, controlar y vigilar la prestación de los servicios de salud, a partir de las prohibiciones establecidas tanto para las EPS, como para las IPS, de realizar prácticas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia y escogencia dentro del sistema (artículos 183 parágrafo 2 y 185 de la Ley 100 de 1993).

La interviniente, estima necesario recordar en este punto, que de acuerdo con el Decreto 1259 de 1994 en el artículo 5° se faculta a la Superintendencia Nacional de Salud para sancionar a las entidades que celebren acuerdos o convenios o realicen prácticas concertadas que tengan como finalidad impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de la facultad de hacer cumplir las disposiciones legales por parte de las entidades vigiladas.

Con los precitados reglamentos, se regula la libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios de salud, indicando las reglas aplicables tanto a las EPS como a las IPS, con el objeto de garantizar la libre escogencia, mejorar la eficiencia en la prestación de éstos servicios y permitir la pluralidad de agentes en su administración y prestación.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Procurador General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional declarar la constitucionalidad de las normas demandadas.

Consideró, en su escrito en primer lugar, que los derechos a la salud y a la seguridad social y la libertad política del legislador son de creación del derecho. En éste acápite afirma que tanto el constituyente como el legislador, al igual que la jurisprudencia constitucional han considerado que estos derechos son prestacionales propiamente dichos, que para su efectividad requieren de normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan además, para mantener el equilibrio del Sistema.

De otra parte, manifiesta que la jurisprudencia constitucional, ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos y sociales, al igual que los culturales, tienden a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces el deber asistencial en una realidad concreta a favor de un sujeto específico. En efecto, tales derechos se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento coloca en peligro derechos de rango fundamental o genera violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra.

La prestación del servicio de la Seguridad Social en Salud, puede estar a cargo del Estado a través de entidades públicas que asumen diferentes formas jurídicas de gestión o de los particulares de conformidad con la ley. En consecuencia, el legislador tiene una variedad de opciones, señala el señor Procurador General de la Nación, para desarrollar los mandatos de los arts. 48 y 49 de la Constitución Política, y naturalmente una amplia competencia para

organizar el sistema o los sistemas de seguridad social que más se adecuen a las finalidades del Estado Social de Derecho.

En segundo lugar, el Ministerio Público se refiere, a los principios constitucionales de la seguridad social. El servicio Público de la Seguridad Social y el Sistema de Seguridad Social Integral.

El artículo 48 de la Constitución Política, establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, por su parte el artículo 49 Superior consagra al Estado el deber de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Así las cosas, es claro que la Seguridad Social en Salud, comparte una doble condición como derecho irrenunciable y como servicio público obligatorio.

El legislador en desarrollo del artículo 48 Superior, expidió la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, cuya finalidad es garantizar los derechos irrenunciables de la persona y de la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana.

La seguridad social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo y sistemático de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional y será prestado por las entidades públicas y privadas en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

En relación con los servicios públicos, el constituyente otorgó al legislador la potestad de fijar el régimen jurídico de aquellos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, la cual es la consecución del bien común, el Estado

al expedir la Ley 100 de 1993, señaló que el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social.

En tercer lugar, el Ministerio Público se refiere, al Sistema General de Seguridad Social en Salud y afirma que conforme a la jurisprudencia constitucional, la seguridad social en salud como servicio público esencial, en desarrollo de los artículos Superiores, representa el deber que tiene Estado de garantizar en forma efectiva, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el acceso a los servicios de salud con el propósito de mantener o recuperar la salud de las personas y evitar el menoscabo de la capacidad económica de la población.

Agrega, que el ejecutivo y el legislativo deben regular y controlar la adecuada prestación del servicio público de la seguridad social, conforme a lo dispuesto, principalmente, en los arts. 150-23, 189-22, 209, 210, 50, 350, 356, 365, y 366 del Estatuto Fundamental.

El legislador con el fin de garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados, permitió que las Entidades Promotoras de Salud prestaran directamente o contrataran los servicios de salud con instituciones prestadoras y profesionales, racionalizando la demanda por servicios, al adoptar modalidades de contratación y pago, incentivado las actividades de promoción y prevención, y el control de costos.

Así mismo señaló, que *“cuando una institución prestadora de servicios, sea de propiedad de una entidad promotora de servicios, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento (Art. 181 parágrafo 1°).”*

Por otro lado, afirma el Ministerio Público, en alusión a los artículos 183, Parágrafo 2 y 185 inciso 2° de la Ley 100 de 1.993, que están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre las EPS y las IPS, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan como finalidad impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Para ello el Gobierno Nacional expidió los Decretos 1485 y 1663 de 1994, donde faculta a la Superintendencia

Nacional de Salud para sancionar a las entidades que celebren acuerdos o convenios o realicen prácticas y decisiones concertadas, que en una forma directa o indirecta, tengan como finalidad impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del sistema de seguridad social (Art. 5° numeral 24 literal f del Decreto 1259 de 1994 y art. 12 del Decreto 1485 de 1994).

Menciona también, que cada entidad promotora debe ofrecer a sus afiliados varias alternativas de IPS, salvo cuando la restricción de la oferta lo impida, según el reglamento que para tal efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. (Art. 179 de la Ley 100 de 1993).

Por otra parte el SGSSS, consagra para los afiliados, la posibilidad de elegir libremente la entidad promotora de salud, dentro de las condiciones señaladas en la misma ley y escoger a las IPS y/o a los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la EPS dentro de las opciones por ella ofrecidas (Art. 156 literal h de la Ley 100 de 1993).

Reiteró también, que el Sistema General de Seguridad Social en salud está bajo la dirección, regulación, supervisión vigilancia y control del Gobierno Nacional y del Ministerio de Salud y cuenta además con el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que es un organismo de concertación de carácter permanente, adscrito al Ministerio de Salud y creado por el artículo 171 de la Ley 100 de 1.993.

“Conforme a las anteriores consideraciones, no se advierte la pretendida violación del Estatuto Superior, por la delegación que se realiza a las EPS para organizar y garantizar, directa o indirectamente la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados al sistema, como quiera que el modelo desarrollado por el legislador al contemplar las opciones descritas, busca garantizar la viabilidad y proyección del servicio público de salud, en los términos que demanda la carta, dando cuenta de una autorización constitucional que confiere al Estado la organización, dirección y reglamentación del mismo, lo mismo que la dirección general de la economía, pudiendo afirmarse que, tal como se dejara consignado en el recorrido legal anteriormente realizado, existen controles legales dirigidos específicamente para impedir, falsear o restringir el juego de la libre escogencia y que en esta forma se restrinja la libertad económica”

Concluye, además que es importante para la efectividad del derecho a la salud, el eficaz cumplimiento de las labores de dirección, vigilancia y control de los organismos a los cuales la Ley 100 de 1.993 atribuyó dicha función, toda vez que el ordenamiento legal los ha dotado de suficientes herramientas.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corporación es tribunal competente para decidir la presente demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Constitución Política.

2. Planteamiento del problema

En el presente caso debe la Corte determinar, en primer lugar, si las normas demandadas violan la libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Carta Fundamental, al facultar a las Entidades Promotoras de Salud -EPS- para que presten directamente el servicio de salud a sus afiliados, a través de sus propias Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud -IPS-, en razón al trato preferencial que podrían tener éstas, en detrimento de otras que conservan su independencia.

En segundo término, debe la Corte establecer si con esa opción legislativa se da a las EPS un lugar privilegiado, en contravención con el mandato constitucional según el cual el Estado tiene el deber de evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Finalmente, es necesario examinar si las normas acusadas al disponer que las EPS controlen y evalúen tanto a sus propias IPS, como a las instituciones independientes con las cuales hayan contratado la prestación de los servicios de salud, son contrarias al mandato contenido en el artículo 334 de la Carta, conforme al cual el Estado intervendrá, por mandato de la ley, para, entre otros propósitos, conseguir la distribución equitativa de las oportunidades.

Para examinar los anteriores asuntos, estima la Corte necesario abordar el estudio del régimen constitucional, de la seguridad social en salud y de la libertad económica.

3. La seguridad social en salud

3.1. Marco constitucional

Las competencias que en el mundo contemporáneo deben ejercer los Estados en el ámbito de la salud, se inscriben dentro del concepto de seguridad social, la cual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia.

La atención de la salud está definida en nuestra Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado, al cual le corresponde: a) organizar, dirigir, regular, controlar y vigilar la prestación de los servicios públicos de salud; b) disponer la manera como la responsabilidad por la prestación de los servicios de salud se distribuye entre el Estado, la comunidad y los particulares; c) establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y d) ejercer la vigilancia y el control sobre las entidades privadas prestadoras de los servicios de salud (artículos 49 y 365 de la Constitución).

Corresponde al Estado, con fundamento en las normas constitucionales y en los principios de eficacia, universalidad y solidaridad, la organización del sistema integral de salud que debe prestarse en los términos y condiciones que defina la ley. Sobre este particular ha expresado la Corte que “...*la seguridad social y el servicio de salud son servicios públicos inherentes a la finalidad social del estado, cuya prestación eficiente debe asegurarla el mismo Estado para todos los habitantes del territorio nacional (C.P., art. 365). La Carta Fundamental defiere a la ley el señalamiento de su régimen jurídico, a fin de fijar los presupuestos básicos dentro de los cuales deberán desarrollarse las actividades atinentes a su prestación...*”¹

Dentro del marco constitucional el Legislador puede recurrir a distintos modelos o diseños para concretar estos derechos prestacionales en un determinado sistema de seguridad social. La Constitución no opta por un

¹ Sentencia C-542/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell

sistema de salud y seguridad social de carácter estrictamente público, ni por un sistema puramente privado, cuando, en su artículo 48, señala que la seguridad social puede ser prestada “*por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley*”.

Las cláusulas de la Constitución que establecen el deber del Estado de proporcionar a los ciudadanos un servicio eficiente de salud, son normas abiertas que permiten distintos desarrollos por parte del legislador, en razón al pluralismo político y al libre juego democrático que caracteriza el Estado constitucional de derecho. El Estado puede optar por distintos sistemas o modelos de seguridad social en salud, lo que corresponde a la órbita propia de la valoración política del legislador, y mientras se respete el núcleo esencial de las libertades públicas y de los derechos fundamentales y se funden en un principio de razón suficiente, dichas opciones son legítimas y no son susceptibles de eliminarse del ordenamiento jurídico por la vía de la inconstitucionalidad.

No obstante, la potestad de configuración del Congreso de la República en el sector de la salud tiene unos límites en la misma Constitución Política, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma), como de carácter sustancial, que están determinados por los valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho (dignidad de la persona humana) y en las cláusulas propias del modelo económico de la Constitución (intervención del Estado y planificación económica, propiedad privada y libertad de empresa e iniciativa privada).

3.2. Organización y funcionamiento del sistema de salud

A través de la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República instituyó un Sistema de Seguridad en Salud que tiene como objetivo primordial lograr la universalidad, es decir, la cobertura total de los habitantes, al señalar la obligatoriedad² de la afiliación. El sistema ofrece a todos sus afiliados, ya sean del régimen contributivo o del subsidiado, los beneficios de un plan obligatorio (Plan Obligatorio de Salud)³, que otorga protección integral a la salud con atención preventiva, médico- quirúrgica y medicamentos esenciales. Así

² Artículo 153 numeral 2 de la ley 100 de 1993.

³ Ibid. Artículo 162 .

mismo, contempla el deber del Estado de ofrecer la asistencia pública a todas las personas que no se encuentren afiliadas al régimen contributivo o subsidiado, durante un período de transición, mientras gradualmente se llega a la universalidad del sistema.

Para la administración del sistema la ley contempla un diseño institucional dentro del cual es posible diferenciar, por un lado las Entidades Promotoras de Salud (EPS), cuya responsabilidad fundamental es la afiliación de los usuarios y la prestación a sus afiliados del Plan Obligatorio de Salud (POS), y por otro lado la Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), que son entidades privadas, oficiales, mixtas, comunitarias o solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Sistema, dentro de las EPS o fuera de ellas.⁴

Se tiene de esta manera que las EPS podrán prestar los servicios del POS directamente, a través de sus IPS, o contratar con IPS o con profesionales independientes, o con grupos de práctica profesional debidamente constituidos. A su vez, los usuarios podrán elegir libremente, primero la EPS a la cual desean afiliarse, y, luego, las IPS dentro de las opciones ofrecidas.

Es claro, entonces, que el legislador al diseñar el modelo de seguridad social en salud abrió unos espacios para la concurrencia privada en condiciones de libre competencia, situación que impone un análisis del concepto de libertad económica.

Considera del caso la Corte señalar, que la posibilidad que los particulares concurren a la prestación del servicio de salud en condiciones de competencia económica, no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución. Por otro lado, precisamente por las razones que se acaban de esgrimir, resulta claro que el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social.

⁴ Ibid. Artículo 185.

4. La libertad económica

La definición del concepto de libertad económica presenta serias dificultades, por tratarse de una cláusula abierta e indeterminada por la Constitución, la cual es susceptible de distintas interpretaciones según la concepción que se tenga del hombre y de la sociedad. La Corte Constitucional ha señalado que la libertad económica es: “...[u]na facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”⁵.

La reforma constitucional de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre las cuales el de la libertad económica tiene un valor superior dentro del ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, el artículo 333 de la Constitución Política establece que “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.” Y agrega que “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

De la anterior norma se puede inferir que la Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas.

La libertad económica que, se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho. De esta manera, así como la libertad de empresa se orienta a permitir la posibilidad real del individuo de desarrollar actividades económicas que considera necesarias

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Baron.

para la satisfacción de sus intereses, también, se autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias para que éstas se materialicen en armonía con los valores superiores previstos en la Carta.

Se ha considerado que la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia, que la Corte estima necesario examinar como fundamento de la providencia.

4.1. La libertad de empresa

La Corte Constitucional en Sentencia C-524 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), precisó la definición de libertad de empresa de la siguiente manera: *"Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral"*.

La libre iniciativa privada, conocida también como libertad de empresa, se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes.

La libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional.

Adicionalmente la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos

intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.

Por ello el constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre competencia en los servicios públicos, los cuales pueden prestarse por el Estado o por los particulares, cada uno en el ámbito que le es propio, el cual, tratándose de estos últimos, no es otro que el de la libertad de empresa y la libre competencia.

Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, la posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.

Pero establecida por el legislador, conforme a una opción válida de acuerdo con la Constitución, la posibilidad de que a la prestación de un servicio público, como en este caso el de salud, acudan los particulares, es claro que para dicha participación deben garantizarse las condiciones propias de la libertad de empresa y de la libre competencia, sin que resulte admisible que en el ámbito estrechamente regulado de participación privada se permitan, o peor aún, se establezcan, situaciones que impliquen prácticas restrictivas de la competencia o se orienten a obstruir o a restringir la libertad económica.

4.2. La libertad de competencia

La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.

A partir de la Constitución Política de 1991, el ejercicio de la libre competencia, que se consideró siempre, correspondía a la autonomía de la libertad y a la libertad contractual propia de la esfera del individuo, se estima como perteneciente a la estructura del Estado social y democrático de derecho, que se funda en un sistema de economía mixta y en un modelo de economía social de mercado. De este modo debe entenderse el principio establecido en el artículo 333, inciso segundo, de la Constitución Política, según el cual la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, en el sentido que el ejercicio del derecho individual de la libre competencia está limitado por la función social que debe cumplir. El derecho a la libre competencia es garantizado por la Constitución Política, que simultáneamente exige que en su ejercicio se imponga el respeto a la función social que le es propia.

La libre competencia en Colombia se desarrolla dentro de una economía social de mercado, *en la que existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas.*⁶

Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes⁷ han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.

La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una

⁶ T-533 de 1992 de la Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Juan Jorge Almonacid Sierra y Nelson Gerardo Garcia Lozada, Derecho de la Competencia, legis, Bogotá, 1998, pág 40.

regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta.

En ese contexto y supuesto el espacio de competencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia.

4.3. Regulación de la libre competencia

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política).

En nuestro Ordenamiento Jurídico, a partir de la Ley 155 de 1959, se inició una evolución legislativa encaminada a consolidar la competencia frente a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de los empresarios tendientes a eliminarla, limitarla, o restringirla o de las conductas unilaterales de algunos empresarios que por su fuerza económica tienen la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de mercado de bienes o servicios.

En este orden de ideas, la regulación legal orientada a preservar la libre y honesta competencia, se refiere básicamente a tres tipos de prácticas deshonestas: en primer lugar, las prácticas colusorias entre empresarios para restringir la competencia; en segundo término, el abuso de posición dominante; y en tercer plano, la competencia desleal entre empresarios.

Por guardar estrecha relación con la decisión adoptada en esta providencia, la Corte examina a continuación la prohibición constitucional del abuso de la posición dominante.

4.4. El abuso de posición dominante

En nuestro Ordenamiento Jurídico, desde hace más de cuarenta años, el legislador le impuso expresamente el deber al Estado de controlar y vigilar las empresas que gozan de una posición dominante en el mercado. El artículo 2° de la Ley 155 de 1959, expresamente dispuso:

“Artículo 2. Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar los precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley.”

Este antecedente legislativo, inspiró al constituyente de 1991, para elevar a rango constitucional el deber del Estado de impedir las prácticas restrictivas de la competencia como una garantía constitucional de la libertad de empresa e iniciativa privada, un instrumento para el impulso del desarrollo económico y esencialmente un mecanismo de protección del interés público. En relación a esta última finalidad, es pertinente resaltar que las consecuencias de las conductas incorrectas en el mercado, tales como la elevación de precios, disminución de la oferta, baja de la calidad, etc. afectan especialmente a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios, razón por la cual, es incuestionable la finalidad de interés público que persigue el régimen de la competencia.⁸

⁸ Gómez Leiva, Delio. De las restricciones, del abuso, y de la deslealtad en la competencia económica. Bogotá. 1998. Cámara de comercio de Bogotá. Página 104

Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores.

Esta Corporación en la Sentencia T-375 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) definió la posición dominante como “...Un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable.” Agregó la Corte que “[e]l poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de los precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado.”

Así, se señaló en el Informe de Ponencia, en la Asamblea Constituyente:

“El concepto de posición dominante, equivalente aquí al de dominio del mercado, aparece claramente consagrado tanto en el tratado constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y Acero (art. 66) como en el Tratado de Roma (art. 86). Con su consagración se ha querido evitar que un ente económico, válido de su poder, pueda sustraerse a una **competencia efectiva** en una parte importante del mercado, afectando no sólo la libertad económica sino también los intereses de los consumidores.”⁹

El artículo 45, inciso 5, del Decreto 2153 de 1992, en desarrollo del texto constitucional, ha definido la posición dominante, en los siguientes términos:

⁹ Gaceta Constitucional Número 46 de abril 15 de 1991.

“Posición Dominante: la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.”

En los debates previos a la aprobación del Artículo 333 de la Constitución Política, que otorgó al Estado el mandato de evitar y controlar cualquier abuso que persona o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, se dijo que con dicha norma *“...No se prohíben las posiciones dominantes en el mercado nacional sino solo su abuso”*. Dedúcese de ello que en el ordenamiento Constitucional se impone la obligación de evitar y controlar los abusos, pero no la adquisición de la posición de dominio a la que puede llegarse mediante actos de competición transparentes e irreprochables. No se impide la adquisición de poder de dominio del mercado, sino que adquirida la posición dominante se utilicen medios irregulares y reprochables que impiden el desarrollo pleno de la competencia.

La posición dominante es un concepto económico que se deriva de la especial situación que un determinado agente económico tiene en el mercado. Dicha posición, ciertamente, puede configurarse a partir de condiciones de ventaja o privilegio que de la actividad del Estado se deriven para ciertas personas, pero es claro que, aún en este evento, la posición dominante que adquiriera una persona no proviene de la actividad del Estado sino del efecto que dicha actividad tiene en un mercado de competencia. Esto permite distinguir la figura de la situación que se presenta en los sectores intervenidos, en los cuales el control sobre el mercado proviene, no de una condición fáctica, sino de los elementos de regulación propios del sector.

Cuando se trata efectivamente de una situación de posición dominante, la labor del Estado es la de impedir el abuso de la misma a través de una serie de controles e instrumentos de intervención, que están orientados a evitar las siguientes conductas o prácticas contrarias a la honestidad y lealtad comercial: a) Imponer precios, b) limitar la producción, c) aplicar en la relaciones contractuales condiciones desiguales y d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

4.5. El intervencionismo del Estado en las empresas de salud.

La intervención estatal en la economía tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, pues mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa al punto de eliminar la iniciativa privada (Art. 365 Constitución Política), en otros sectores tiene un menor grado en forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia por parte del Estado, e incluso, en algunos casos no se requiere ningún permiso o autorización previa para el ejercicio de una determinada actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos (Art. 333 Constitución Política).

Cuando se trata del servicio público de salud la intervención del Estado es intensa y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica (CP arts 150 ord. 21, 333 y 334), sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (CP art. 26) la intervención del Estado en los servicios públicos en general (CP art. 365) y la atención de la salud en particular (CP arts. 48, 49).

La intervención del Estado en el servicio público de salud se funda en el modelo del Estado Social de Derecho, que impone a las autoridades públicas el deber de asumir su prestación, ya sea directamente o por medio de los particulares, y por tratarse de una actividad, en la que se manejan dineros del Sistema General de Salud por entidades privadas (EPS), el control estatal preserva la confianza pública, pues permite que estas entidades cuenten con una estructura administrativa, técnica, financiera y profesional que asegure la prestación regular, continua y eficiente del servicio de salud a los afiliados.

Cuando nuestra Constitución Política permite que particulares concurren con el Estado a prestar el servicio público de salud, no se está reservando el ejercicio de esta actividad, sino que está delegando en los particulares su prestación. Por ello, en este escenario debe existir la libre competencia y el Estado debe velar porque no se presente obstáculos o limitaciones a la concurrencia de los sujetos económicos por la conquista del mercado; y sí estas existen deben ser iguales para todas las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad de prestar el servicio.

5. Análisis de los cargos.

Dentro del marco teórico que se acaba de presentar, que responde a la naturaleza de los cargos formulados por el actor, procede la Corte a estudiar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas de la Ley 100 de 1993.

5.1. Es necesario examinar, en primer lugar, si las normas acusadas, en cuanto que permiten a las EPS, no sólo administrar los recursos de la seguridad social, sino también prestar directamente, por medio de sus propias IPS, los servicios de salud, se ajustan a los valores, principios y normas constitucionales.

El accionante manifiesta que con la facultad otorgada a las EPS, para prestar directamente el servicio de salud por medio de sus IPS, se limita la libertad económica y se permite, que las EPS prevaleciendo de su posición dominante controlen íntegramente el mercado de los servicios de salud, privilegiando a sus propias IPS.

De conformidad con lo que sobre la materia se ha expresado en esta providencia, resulta claro que no solo no es contraria a la Constitución esa manera de disponer sobre la participación de entidades privadas en el ámbito del servicio público de la salud, sino que la garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa del servicio asistencial de salud, por medio de sus IPS, por cuanto ello forma parte de la libertad económica. En efecto, la libertad de empresa que reconoce el artículo 333 de la Constitución, tiene dos manifestaciones muy precisas en la vida social, como son la facultad de la persona de establecer su propia empresa u organización económica y la facultad de realizar una actividad económica, dentro de los límites del bien común. De ahí que, en el marco del modelo económico de la Constitución, las EPS dentro del ámbito de su libertad económica, puedan prestar directamente el servicio de asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica con sujeción a la ley.

Con la separación entre la administración por parte de las EPS y la prestación de los servicios asistenciales por las IPS, el legislador, obrando dentro del ámbito de sus facultades, ha pretendido garantizar la prestación eficiente y oportuna del servicio a todos los integrantes de la comunidad. En ejercicio de su potestad de configuración legislativa el Congreso optó por un modelo en el cual dicha

diferenciación funcional no impide un proceso de integración, por virtud del cual, sin perjuicio de la autonomía que conforme a la ley debe tener cada una de las entidades, las EPS presten los servicios salud a través de sus propias IPS. Se trata de una opción política del legislador que no contraría, *per se*, disposiciones constitucionales, porque, dentro del contexto que se ha presentado, es claro que lo que en la regulación vigente es la excepción, habría podido ser, si así se hubiese considerado conveniente por el legislador, la regla, esto es, se habría podido diseñar un sistema conforme al cual, necesariamente, la administración del POS y la prestación de los servicios de salud debieran estar a cargo de una sola unidad operativa.

La integración de las empresas es una opción que el legislador dejó abierta y responde a una realidad del mercado, que le permite a algunas entidades racionalizar y prestar un servicio más eficiente a sus afiliados.

No procede por consiguiente el cargo que por este concepto ha formulado el actor, sin perjuicio del análisis sobre si la manera como esa posibilidad de integración, que en si misma no es contraria al Texto Fundamental, puede vulnerar disposiciones constitucionales sobre libre competencia o prohibición de abuso de la posición dominante.

En principio cabe señalar que dentro del esquema diseñado por el legislador para la participación privada en el sistema de seguridad social en salud están presentes las garantías básicas de la libre competencia.

En efecto, en primer lugar, existe dentro del sistema libertad para que dentro del ámbito legal de regulación, los distintos agentes económicos concurren, tanto a la tarea de administrar los recursos del sistema, a través de las EPS, como a la prestación de los servicios de salud a través de las IPS. Como expresión de la libertad económica la ley permite que los agentes privados que decidan participar escojan la modalidad de organización que estimen más adecuada para la prestación eficiente del servicio, imponiendo, si, la necesidad de que en todo caso exista diferenciación y autonomía entre EPS y IPS, pero sin limitar la posibilidad de que las EPS presten el servicio a través de sus propias IPS.

En segundo lugar, la ley establece que, nuevamente dentro del ámbito de regulación propio del sistema, las EPS y las IPS puedan fijar las condiciones de

contratación y las ventajas comerciales que les permitan buscar una mejor ubicación en el mercado.

Finalmente, el sistema contempla, como componente fundamental, la libre elección de los usuarios, tanto de las EPS, como, dentro de la oferta de éstas, de las IPS.

Por otra parte, en materia de salud, las practicas restrictivas de la competencia están absolutamente prohibidas conforme al artículo 185 de la Ley 100 de 1993, que establece: *" Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre instituciones prestadoras de salud, entre asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud"*. Dicho artículo agrega que *"... se prohíben todos los acuerdos o convenios entre IPS entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud, o impedir restringir e interrumpir la prestación de los servicios de salud."*

Pero no solo la norma transcrita se orienta a garantizar la existencia efectiva de la libre competencia en el campo de la salud, sino que existe un conjunto de normas en la Ley 100 de 1993, que establecen el deber del Estado de intervenir para asegurar la libre competencia y eliminar las prácticas restrictivas a la competencia. Entre tales disposiciones se encuentran el artículo 153, numeral cuarto, que establece el criterio de la libre oferta, dentro del marco legal, en el campo de la administración y la prestación de los servicios de salud, así de la libre escogencia por los usuarios entre las entidades administradoras y prestadoras de esos servicios, criterios que son reafirmados por el Artículo 156, que en sus literales e ,g, k; el Artículo 173, numerales 4 y 6, que establecen como funciones del Ministerio de Salud las de formular y aplicar los criterios de evaluación de eficiencia en la gestión de las EPS y de las IPS; el Artículo 179, según el cual las EPS tienen la obligación de ofrecer a sus afiliados varias alternativas de IPS, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; o el Artículo 183, que en su parágrafo segundo dispone que *"[e]stán prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las*

prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.”.

Existen, tal como lo expresa en su intervención la representante del Ministerio de Hacienda, varias disposiciones orientadas específicamente a regular la situación que se presenta cuando las EPS prestan el servicio a través de sus propias IPS, entre las cuales se cuentan las que otorgan facultades a la Superintendencia Nacional de Salud para introducir los correctivos para las distorsiones que se presenten en esta materia¹⁰, o la previsión contenida en el artículo 12 del Decreto 1485 de 1994, según la cual las operaciones entre las entidades promotoras de salud de naturaleza comercial y sus subordinadas, en los términos del Código de Comercio, “(...) *deberán considerar las condiciones generales del mercado para evitar prácticas que desmejoren a cualquiera de las partes frente a condiciones normales de mercado, debiendo mantenerse el equilibrio financiero y comercial. (...)*”.

Se tiene entonces que la posibilidad prevista en la ley de que las EPS presten el servicio de salud a través de sus propias IPS, no sólo no es, en si misma considerada, violatoria de la Constitución, sino que además, en armonía con los mandatos de la Carta, el sistema de Seguridad Social en Salud contiene una serie de disposiciones de distinta naturaleza normativa orientadas a prevenir de manera general, y específica para la eventualidad planteada por el actor, las situaciones y prácticas contrarias a la libertad de empresa y a la libre competencia. En consecuencia, tampoco está llamado a prosperar el cargo en cuanto que tiene que ver con la omisión que de las disposiciones acusadas se derivaría frente al deber de impedir y controlar los obstáculos y las restricciones a la libertad económica y a la libre competencia.

5.2. Corresponde estudiar, en segundo lugar, conforme a los cargos formulados por el actor, si en las normas acusadas se configura una situación de privilegio para las IPS de propiedad de las EPS, de manera tal que se impida la libre competencia, en detrimento de quienes -profesionales, IPS u otras entidades- ofrecen el servicio de manera independiente.

¹⁰ Decretos 46 y 783 de 2000

El actor deriva este cargo de la consideración de, que dado que la misma Ley 100 de 1993 atribuye a las EPS las funciones de evaluación y control de las Instituciones Prestadoras, se rompe el principio de igualdad entre los sujetos controlados cuando quien ejerce tales funciones es juez y parte, como cuando una EPS evalúa a su propia IPS a la par con otras Instituciones independientes.

No observa la Corte que en este caso se configure una situación restrictiva de la competencia en los términos señalados por el actor. Y ello es así, fundamentalmente porque las funciones de evaluación y control que ejercen las EPS no constituyen una competencia general de vigilancia y fiscalización de todas las personas e instituciones prestadoras de los servicios de salud, que permita descalificarlas con efecto vinculante para todo el sistema, sino que se trata de actividades que la ley les impone para garantizar la calidad del servicio que se presta a los usuarios.

De acuerdo con el artículo 227 de la Ley 100 de 1993, las EPS efectúan sobre las IPS un control de calidad de la prestación de los servicios de salud, como ocurre en cualquier otra actividad económica. Del resultado de ese control depende una decisión económica conforme a la cual la EPS, contrata o mantiene los contratos vigentes, si el resultado es satisfactorio, o, los cancela o condiciona, en el evento contrario. Pero las EPS carecen de autonomía para calificar, con efecto general vinculante, la idoneidad del servicio prestado por las IPS, ya que esa atribución la ejercen solamente las Direcciones de Salud Departamentales, Distritales y Municipales y la Superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con la Resolución No. 4445 de 1996 y el Decreto 2753 de 1997. Es a esta última entidad a quien corresponde en definitiva, decidir si las IPS cumplen con los requisitos mínimos necesarios para que puedan prestar sus servicios. Y la ley les prohíbe a las EPS contratar con quienes no cumplan con tales requisitos, trátese de IPS propias o contratadas. Así lo establece perentoriamente el Decreto 2174 de 1996 en su artículo 10, el cual señala: "*...las Entidades Promotoras de Salud y entidades que se asimilen solo podrán prestar directamente el servicio o contratar los servicios, con entidades de servicios de salud que cumplan con los requisitos mínimos legales*". Dicho de otro modo el control que sobre las IPS ejercen las EPS propietarias de las mismas, es un control de calidad del servicio, pero el verdadero control integrado lo hace la Superintendencia de Salud, y demás entidades públicas competentes.

5.3. Es preciso, finalmente, analizar si las disposiciones acusadas dan a las EPS una posición dominante en el mercado de salud y les permiten, además, abusar de la misma.

Lo anterior exige establecer si, en el contexto del Sistema General de Salud, las EPS ostentan, por virtud de la ley, una posición dominante en el mercado.

Para abordar el asunto es necesario tener en cuenta que las actividades realizadas por las EPS soportan una restricción directa por parte del Estado, por tratarse de un servicio público dirigido y regulado por él. Por eso las EPS cuando prestan directamente el servicio de salud por medio de sus IPS, ejercen una influencia limitada en el mercado y por ende sobre los precios, puesto que éstos son regulados y controlados por el Gobierno. Tampoco pueden sustraerse de prestar el servicio o modificar unilateralmente y de manera sustancial las condiciones del mismo, pues la intervención que se ejerce por parte del Estado lo impide.

Las anteriores consideraciones bastarían a la Corte, para afirmar, conforme al concepto que de la posición dominante y de su abuso se ha dejado sentado en esta providencia, que las EPS no derivan en Colombia, de su configuración legal, ventajas que las sitúen en posición dominante en el mercado de los servicios de salud. Sin embargo, cabe examinar si la especial situación que ocupan dentro del sistema de salud, permite, que de hecho se constituya una posición dominante y si, en tal caso, hay, en las disposiciones demandadas, una omisión del legislador frente al imperativo constitucional de evitar y controlar el abuso de tal posición.

La ley permite a las EPS un manejo flexible, por virtud del cual pueden decidir si prestan directamente el servicio o si lo contratan con terceros y acerca del margen de utilidades que éste les proporciona, en la medida en que, no obstante desenvolverse en el marco regulado de un servicio público de vital importancia, se trata de una actividad económica que, en un mercado de competencia, tiene entre sus finalidades la de producir utilidades. Ese ámbito de libertad podría dar lugar a que, de hecho, se configure una posición dominante que exija la intervención moderadora del Estado.

A ese efecto, el Decreto 1663 de 1994, del Gobierno Nacional, expedido para garantizar el régimen de libre competencia en el mercado de los servicios de

salud y prohibir los actos de competencia desleal, define lo que ha de entenderse por posición dominante en los servicios de salud, al establecer, en su artículo 8 que “[l]a posición dominante en el mercado de los servicios de salud consiste en la posibilidad que tiene una empresa o persona de determinar, directa o indirectamente, las condiciones en su respectivo mercado”.

En el artículo 9 del mismo Decreto se enuncian como conductas que constituyen abuso de la posición dominante, las siguientes:

1. *“La disminución de precios o tarifas por debajo de los costos, cuando tenga por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos en el mercado.*
2. *La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un afiliado o proveedor en situación desventajosa frente a otro usuario o proveedor de condiciones análogas.*
3. *Las que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar la prestación de un servicio de salud a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del mismo, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.*
4. *La distribución o venta de bienes o la prestación de servicios de salud a una afiliado en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro, cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.*
5. *Distribuir o vender bienes o prestar servicios de salud en alguna parte del territorio colombiano a un precio o tarifa diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio o tarifa no corresponda a la estructura de costos de la transacción.”*

La misma disposición, en su artículo 6, tipifica los siguientes actos que se consideran antijurídicos en el mercado de salud:

1. *Infringir las reglas sobre publicidad contenidas en las normas sobre la materia.*

- 2. Influnciar a un competidor para que incremente los precios de sus servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios o tarifas.*
- 3. Negarse a vender o prestar servicios a una persona o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios o tarifas.*
- 4. Determinar condiciones de venta o comercialización de insumos o servicios de salud discriminatorias para con otros competidores o con los usuarios, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.*
- 5. Abstenerse de proveer en forma oportuna y suficiente a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social de Salud de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud.”*

Las conductas que conforme a las anteriores disposiciones, se consideren contrarias a los principios de la libertad económica, la libre competencia o impliquen abuso de posición dominante, están sujetas a las sanciones que se establecen en la ley, previa la investigación que deba cumplirse por las autoridades competentes.

Resulta claro, en este contexto, que en el campo del control y la prevención de los actos contrarios a la libertad económica, no existe una deficiencia atribuible a las disposiciones acusadas, y que las situaciones que, de hecho, puedan presentarse en estas materias, están expresamente prohibidas y quedan sujetas a la imposición de las sanciones por parte del Estado en ejercicio de las competencias administrativas que le atribuye la ley para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia y los actos de competencia desleal. Por tal razón esas eventuales deficiencias que se presenten en esta materia no pueden resolverse en sede de constitucionalidad sino que deben enfrentarse por las autoridades administrativas de vigilancia y control.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, oído el concepto del Procurador General de la Nación y surtidos los trámites que ordena el Decreto 2067 de 1991,

RESUELVE:

Declárase la EXEQUIBILIDAD, en lo acusado, de los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 18 del Decreto 2067 de 1991, notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General